

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

ESPECIALIDADE: DIREITO DE AUTOR



CÓPIA PRIVADA EM PERSPECTIVA

TESE APRESENTADA NO ÂMBITO DO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

SOB ORIENTAÇÃO DO

PROFESSOR DOUTOR JOSÉ ALBERTO COELHO VIEIRA

JULIANA BECK DA SILVA MARCONDES

OUTUBRO 2016

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

ESPECIALIDADE: DIREITO DE AUTOR

CÓPIA PRIVADA EM PERSPECTIVA

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

SOB ORIENTAÇÃO DO

PROFESSOR DOUTOR JOSÉ ALBERTO COELHO VIEIRA

JULIANA BECK DA SILVA MARCONDES

RESUMO

A cópia para uso privado é um limite ao direito do autor de autorizar a reprodução da sua obra. Consiste na possibilidade de se fazer cópia de uma obra intelectual para fins exclusivamente pessoais. Pressupõe-se, entretanto, que essa forma de utilização pode ser lesiva aos titulares de direitos, pelo que se atribui a ela uma compensação equitativa incidente sobre os equipamentos que permitem a cópia.

O sistema, que teve os primeiros contornos na Alemanha ao final da década de 1950, começou a repercutir-se entre outros países. Portugal aprovou recentemente uma lei que atualiza seu sistema de compensação equitativa para a cópia privada. A alteração legislativa foi objeto de inúmeras críticas, a principal delas sobre a necessidade de atualizar um instituto que já não parece adequado à nova dinâmica de utilização das obras intelectuais.

O presente trabalho pretende compreender porque a cópia privada encontra hoje tantas controvérsias. Apresentaremos seu enquadramento nos sistemas de limites aos Direitos de Autor (do Sistema Continental/Regra dos Três Passos ao *Copyright/Fair Use*), avançaremos com um rápido estudo no âmbito do direito estrangeiro para, em seguida, fazer uma análise mais detalhada sobre as questões que recentemente foram objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia: a origem lícita ou ilícita da obra copiada e algumas dificuldades do sistema de compensação equitativa. Tudo para questionar se há efetivamente prejuízo (mesmo que potencial) aos autores e titulares de direitos conexos que justifique uma compensação equitativa.

Iremos verificar como todas as referidas questões se refletem no ordenamento jurídico português. Concluiremos, após uma análise da nova redação da Lei da Cópia Privada confrontado com novas realidades proporcionadas pela tecnologia digital, que o sistema de compensação equitativa está em transição, passará. Possivelmente, para sistemas alternativos ou talvez, para exclusão de um mecanismo de compensação. Novas perspectivas que se anunciam.

PALAVRAS CHAVES: Cópia Privada, Compensação Equitativa, Utilização da Obra Intelectual, Equipamentos de Reprodução, Novo Regime Jurídico da Cópia Privada em Portugal.

ABSTRACT

Copying for private use is a limitation on the right of the author to authorize the reproduction of his intellectual work. It consists in the possibility to make a copy of the work for purely personal purposes. It is assumed, however, that this form of use may be harmful to the right holders and, for this reason, fair compensation is awarded to them by way of a levy on the devices which allow the copies.

The system, which has its origins in Germany by the end of the 1950s, began to start to spill over to other countries. Portugal has recently approved a law that updated its system of fair compensation for private copying. The legislative change was subject to several criticisms, the main one being based on the need to update an institute which no longer seems to be appropriate to new dynamic of use of the intellectual works.

This study seeks to understand why the issue of the private copy is such a controversial one today. We will present its framework within in the civil law (*three steps test*) and in the common law (*fair use*). Then, we will move forward to a brief study of foreign law, to then carry out a more detailed analysis of the issues of the topic that have been addressed by the Court of Justice of the European Union. This case law study will show us some particular problems: the legal or illegal origin of the copy and some difficulties regarding the fair compensation system.

Following this, we will establish how all these issues are reflected in the Portuguese legal system. After an analysis of the new wording of Portuguese Private Copy Law in face of the new realities created by digital technology, we will conclude that the system of private copy levies is in transition, perhaps, to alternative systems, perhaps to excluding a compensation mechanism. New perspectives are on the horizon.

KEYWORDS: Private Copying, Fair Compensation, Use of the Intellectual Work, Copying Devices, New Regulatory Framework on Private Copying in Portugal.

AGRADECIMENTOS

A escolha pelo mestrado em Direito Intelectual trouxe-me à Lisboa. Dos maiores e mais belos desafios que abracei. Ser estrangeira é ser cópia daquilo que fomos. Cópia privada de sonhos e expectativas em suporte novo, terra diferente. Sem prejuízo ou pagamento de compensação equitativa. Um sistema alternativo e ideal, que só foi possível porque tive a sorte de encontrar pessoas que tiveram paciência e disponibilidade em compartilhar comigo tempo e conhecimento. Sinto-me portanto em constante dever de agradecer e retribuir.

Agradeço à Universidade de Lisboa, pelo programa de Mestrado Científico que todos os anos acolhe alunos brasileiros e acredita na partilha da cultura enquanto valor à formação jurídica. Agradeço ao meu Orientador, Professor Doutor José Alberto Coelho Vieira, pelas excelentes aulas, pela confiança na minha pesquisa e tão valiosas notas para a condução da estrutura deste trabalho.

Agradeço à PLMJ, Sociedade de Advogados que integro, pelo trabalho, por formar-me advogada em Portugal. Faço-o na pessoa do Dr. Daniel Reis, que confiou-me oportunidades e apresentou-me à Proteção de Dados Pessoais, tema com o qual hoje divido meu entusiasmo com a Propriedade Intelectual. É também na PLMJ que tenho a honra de trabalhar com o Dr. Manuel Lopes Rocha e com a Dra. Paula Martinho da Silva. É imensurável o valor de poder amadurecer profissionalmente com o vosso exemplo. Muito da bibliografia deste trabalho devo à biblioteca do Dr. Manuel Lopes Rocha, cuja atenção e disponibilidade com as minhas dúvidas sempre foram incondicionais.

Na fase final da pesquisa desta dissertação de mestrado, tive a oportunidade de trocar impressões com o Dr. Miguel Carretas, o Dr. Victor Castro Rosa e o Dr. António Paulo Santos. Grandes nomes da defesa dos direitos dos autores em Portugal. Obrigada pelo tempo e atenção que disponibilizaram às minhas tão básicas questões e obtenção de informações junto à AGE COP.

Por fim, meu maior agradecimento sempre será aos meus pais. Ensinaram-me a reconhecer que sempre haverá o que aprender e a ser grata aos desafios que a vida apresenta. Lisboa foi o maior deles e só foi possível porque vocês estiveram comigo, com carinho e coragem, em todas as cópias.

Lisboa, Outubro de 2016.

que tudo passe

passe o que nasce

passe o que nem

passe o que faz

passe o que faz-se

que tudo passe

e passe muito bem

Paulo Leminski,

Curitiba, 1983

LISTA DE PRINCIPAIS ABREVIATURAS

ACAPOR Associação do Comércio Audiovisual de Portugal

AGECOP Associação para a Gestão da Cópia Privada

APEL Associação Portuguesa de Editores e Livreiros

APRITEL Associação dos Operadores de Telecomunicações

Audiogest Entidade de Gestão Coletiva de Direitos dos Produtores Fonográficos

BGH Bundesgerichtshof (Suprema Corte da Alemanha)

CDADC Código do Direito de Autor e Direitos Conexos

CD Compact Disc

CD-R Compact Disc - Recordable

CD-RW Compact Disc - Rewritable

CE Comunidades Europeias

CIP Confederação Empresarial de Portugal

DAMA Derechos de Autor de Medios Audiovisuales

DECO Associação Portuguesa para Defesa do Consumidor

DS Dispute Settlement (referente à Solução de Controvérsias da OMC)

DVD Digital Video Disc

DVD-R Digital Video Disc - Recordable

DVD-RW Digital Video Disc - Rewritable

ECS European Copyright Society

EGEDA	Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales
GDA	Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes e Executantes
GEDIPE	Associação para Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
Gestautor	Associação de Gestão Coletiva de Direito de Autor
IGAC	Inspecção Geral das Atividades Culturais
MAPINET	Movimento Cívico Anti Pirataria na Internet
MIBAC	Ministero per i beni e le attività culturali
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual (ou WIPO)
PCP	Partido Comunista Português
RIAA	Recording Industry Association of America
RTP	Rádio e Televisão Portugal
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
SPA	Sociedade Portuguesa dos Autores
TRIPs	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
VEGAP	Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos

Visapress Gestão dos Conteúdos dos Media

WIPO World Intellectual Property Organization (ou OMPI)

ZPÜ Zentralstelle für private Überspielungsrechte

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1. A CÓPIA PRIVADA NOS SISTEMAS DE LIMITES AOS DIREITOS DE AUTOR	19
1.1 PANORAMA HISTÓRICO.....	24
1.2 A REGRA DOS TRÊS PASSOS	31
1.3 COPYRIGHT E FAIR USE	40
1.4 A APROXIMAÇÃO DAS SOLUÇÕES	45
CAPÍTULO 2. A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO ESTRANGEIRO: OS SISTEMAS DE COMPENSAÇÃO EQUITATIVA.....	54
2.1 ALEMANHA: O PRIMEIRO SISTEMA	55
2.2 FRANÇA: A SEGUNDA MAIOR ARRECADAÇÃO	59
2.3 ESPANHA: NOVAS INCERTEZAS	61
2.4 REINO UNIDO: A BREVE PREVISÃO.....	64
2.5 BRASIL: A AUSÊNCIA DE PREVISÃO	67
2.6 DIFICULDADES EM COMUM.....	71
CAPÍTULO 3. A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO E NA JUSRISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA: QUESTÕES CONTROVERSAS	75
3.1 LICITUDE E ILICITUDE DA OBRA COPIADA.....	79
3.1.1 <i>O Acórdão ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie (C-435/12) de 10.04.2014</i>	79
3.1.2 <i>Os reflexos do julgamento no TJUE para os Sistemas de Cópia Privada na UE..</i>	83
3.2 A COMPENSAÇÃO EQUITATIVA	85
3.2.1 <i>Os Equipamentos de Reprodução</i>	86
3.2.1.1 <i>Obrigatoriedade da utilização privada dos equipamentos de reprodução: Acórdão Padawan v. Sgae (C-467/08), de 21.10.2010 e Acórdão EGEDA et al v. Administração do Estado et al (C-470/14), de 09.06.2016</i>	86
3.2.1.2 <i>Características dos Equipamentos sujeitos à Compensação Equitativa: Acórdão Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S (C-463/12), de 05.03.2015.....</i>	90
3.2.2 <i>Responsabilidade pelo Pagamento.....</i>	94

3.2.2.1 Os fabricantes, importadores e distribuidores dos equipamentos de reprodução como responsáveis pelo pagamento: <i>Acórdão Sticking de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland</i> (C-462/09), de 16.06.2011	94
3.2.3. O Prejuízo e a Distribuição	96
3.2.3.1 Irrelevância, para incidência da compensação equitativa, da autorização do titular dos direitos de autor e direito conexos para que o utilizador realize a reprodução para uso privado: <i>Acórdão VG Wort et al v. Kyocera Mita et al</i> (C-457/11 e C- 460/11), de 27.05.2013	96
3.2.3.2 Critérios para Distribuição: <i>Acórdão Austro-Mechana v. Amazon</i> (C-521/11), de 11.07.2013 e <i>Acórdão Austro-Mechana v. Amazon</i> (C-572/14), de 21.04.2016	101
3.2.3.3 A Aferição do Prejuízo e o Editor enquanto Beneficiário da Compensação Equitativa: <i>Acórdão Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL</i> (C-572/13), de 12.11.2015	105
3.2.4 Isenção e Reembolso.....	112
3.2.4.1 A Obrigatoriedade de Mecanismos de Isenção e Reembolso: <i>Acórdão Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) e tal</i> (C-110/2015), de 22.09.2016.....	112
3.3 SÍNTESE DAS PRINCIPAIS QUESTÕES	115
CAPÍTULO 4. A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO PORTUGUÊS	123
4.1 O EXCLUSIVO DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E A UTILIZAÇÃO DA OBRA INTELECTUAL	125
4.2 O DIREITO DE REPRODUÇÃO PARA USO PRIVADO	130
4.3 LICITUDE E ILICITUDE DA OBRA COPIADA.....	134
4.4 A COMPENSAÇÃO EQUITATIVA E O NOVO PANORAMA LEGISLATIVO EM PORTUGAL	140
4.4.1 A Lei da Cópia Privada	140
4.4.2 Os Equipamentos de Reprodução	146
4.4.3 Responsabilidade pelo Pagamento e Distribuição.....	150
4.4.4 Isenções.....	156
4.5 CÓPIA PRIVADA EM PERSPECTIVA: O DIAGNÓSTICO DO PRIMEIRO ANO DA NOVA LEI E O FUTURO DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO EQUITATIVA EM PORTUGAL	160

CONCLUSÕES.....	168
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	193
BIBLIOGRAFIA.....	198
ANEXO.....	212

INTRODUÇÃO

É de entendimento da prática social, consolidado pelo cotidiano, que a aquisição de um bem atribui automaticamente a quem o adquiriu o direito de utilizá-lo no âmbito de sua autonomia privada, como bem entender, se assim não prejudicar os direitos de terceiros. O conceito é relativamente simples quando pensamos em bens corpóreos e na lógica do direito de propriedade. Entretanto, torna-se diferente quando temos em conta criações intelectuais e sua vertente incorpórea.

A título ilustrativo: ao comprar uma obra literária, não me torno proprietário do texto (este pertence ao autor); adquiro apenas o direito de lê-la livremente. Não obstante, assumo o dever de não tirar dela proveito econômico sem autorização do autor. Ainda assim, indaga-se: e quanto a fazer uma cópia dela para meu uso pessoal?

Ao tratarmos da cópia privada, buscamos percebê-la essencialmente como a reprodução da obra intelectual para uso pessoal. Prescrições normativas de Direito de Autor vêm a tutelar esta possibilidade, inserindo a cópia privada no rol de exceções ou limites ao seu exercício. Parte-se da premissa de que o Direito de Autor não é ilimitado: admite-se em determinados casos que a obra seja reproduzida sem sua prévia autorização. Trata-se de ponderação entre os interesses particulares dos autores e: i) o interesse público na utilização e fruição das obras intelectuais; ou ainda, ii) ao direito de privacidade dos utilizadores a fruírem das obras - informando-se ou entretendo-se - no âmbito de sua autonomia privada.

Pressupõe-se, entretanto, que essa forma de utilização pode ser lesiva aos titulares de direitos, pelo que se atribui a ela uma compensação equitativa incidente sobre os equipamentos que permitem a cópia. A compensação é gerida por entidades de gestão coletiva responsáveis pela cobrança e distribuição dos valores arrecadados.

É preciso ter em conta que foi apenas ao final da década de 1950 que as discussões sobre a cópia privada começaram a despontar. E até os anos de 1990 cingiam-se aos suportes para gravação de obras musicais e audiovisuais e à reprografia. No entanto, a evolução digital tornou seu âmbito mais extenso, pois trouxe múltiplos mecanismos a permitir a “cópia”. Destarte, não mais física: a mesma obra literária do exemplo inicial pode ser hoje adquirida por meio de uma autorização para leitura em um *tablet*, replicada em um telemóvel, armazenada em uma *pen* ou, ainda, arquivada em uma *cloud*, acessível por múltiplos suportes, em qualquer lugar, a todo momento.

Estabelecido o fato social ao qual se pretende como objeto desta pesquisa, partimos à problematização jurídica. Todas essas possibilidades são legítimas? Viriam elas a mitigarem os direitos do autor? Qual a melhor maneira dos sistemas jurídicos tutelarem essas alternativas?

Sob a perspectiva do ordenamento jurídico português - cuja legislação será o objeto final de estudo do presente trabalho - essas questões tornaram-se mais prementes na primavera de 2015, com a aprovação da Lei n.º 49/2015, de 5 de junho. Houve ali revisão da Lei nº 62/1998, de 1º de setembro, que regula o Art. 82º do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC). Trata o dispositivo do estabelecimento de uma quantia sobre o preço de venda de aparelhos e suportes que permitam a fixação e reprodução de obras intelectuais. Isto, como compensação equitativa à potencial cópia para uso privado. Tal alteração veio a adaptar o sistema à evolução tecnológica, especialmente com a ampliação da lista de aparelhos e suportes sobre os quais incide a pecúnia.

A entrada em vigor da nova regra foi permeada de intensos debates, o principal deles sobre a efetiva necessidade de se atualizar um sistema que talvez não esteja mais adequado à dinâmica de utilização das obras intelectuais. Esta é a derradeira questão com que este estudo se confrontará. E para se chegar a uma proposta de resposta, há que se analisar um longo caminho, já trilhado com inúmeros subsídios legislativos e jurisprudenciais, cuja comparação a exemplos de outras ordens jurídicas parece ser salutar.

Nosso estudo será feito em quatro perspectivas. No Capítulo 1, traçaremos uma perspectiva histórica dos limites aos Direitos de Autor, no âmbito do Sistema de Direito Continental do Autor e do *Copyright*. Já no Capítulo 2, apresentaremos algumas notas sobre a cópia privada e os sistemas de compensação equitativa em ordenamentos jurídicos estrangeiros. A seguir, no Capítulo 3, a abordagem das questões controversas do tema na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Por fim, no Capítulo 4, a perspectiva da lei portuguesa. Vejamos de forma pormenorizada alguns detalhes do percurso deste estudo.

Evidenciaremos no Capítulo 1 o panorama dos sistemas de limites e exceções no âmbito do Direito de Autor Continental (ao qual se filia o Direito de Autor Português e das ordens jurídicas filiadas ao Direito Romano-Germânico), de um lado; e ao sistema de limites e exceções do *Copyright* (do Direito Anglo-Saxônico), do outro.

Esta análise é importante para percebermos as bases que justificam a eleição, pelos sistemas jurídicos, de determinados casos em que o Direito de Autor pode ser relativizado. Existem duas abordagens. A primeira, do Direito de Autor Continental, que tem suas bases na “Regra dos Três Passos”, apresentada pela primeira vez na Convenção de Berna de 1967 e reproduzida pela Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação (doravante Diretiva da Sociedade da Informação). A Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 50/2004 de 20 de agosto que fez alterações ao CDADC. A segunda abordagem, a do Direito Anglo-Saxónico e *Copyright*, que tem como base o sistema do *fair use*.

O sistema previsto pela Regra dos Três Passos permite a reprodução das obras intelectuais sem autorização de seu respectivo autor: i) em certos casos especiais, ii) desde que não prejudique a exploração normal da obra, iii) nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Já o sistema do *fair use* é, em apertada síntese, uma cláusula geral de avaliação no caso concreto que leva em conta se a utilização da obra intelectual constitui uso justo, razoável ou equitativo. Nomeadamente, um uso que não interfira demasiado no direito patrimonial do autor sobre a sua obra.

As diferenças entre os sistemas continental de limites e exceções e do *fair use* têm sido confrontadas com frequência. O sistema adotado pelos regimes de *common law* é criticado pela ampla margem de interpretação e pouca previsibilidade. Já aquele adotado em âmbito da UE e por Portugal é questionado por ser demasiado estrito, com uma listagem taxativa de limites/exceções que parece não acompanhar o avanço da tecnologia. Ambos os sistemas demandam cada vez mais exercícios de interpretação dos aplicadores de direito e tem-se verificado com frequência que as inovações da era digital passaram de certo modo a fomentar a criatividade jurisprudencial e consequentemente, a insegurança jurídica. Veremos como o limite da cópia privada insere-se nessas discussões.

Doravante, o trabalho segue para o Capítulo 2. Apresentaremos uma sucinta abordagem sobre o limite da cópia privada em alguns sistemas jurídicos: começaremos pela Alemanha (onde tivemos a instituição de um primeiro sistema de compensação equitativa para a cópia privada), em seguida do sistema em França (igualmente tradicional e com grande arrecadação); Espanha (que contém um sistema peculiar de recolha da compensação equitativa pelo Orçamento Geral do Estado recentemente declarado pelo TJUE como

incompatível com a Diretiva da Sociedade da Informação); o exemplo do Reino Unido (onde a lei que autorizou a cópia privada sem a exigência de compensação equitativa ficou em vigor por poucos meses no início de 2015, sendo revogada pouco depois sob a justificativa de que não existiam estudos consistentes a evidenciar qual a verdadeira extensão dos prejuízos aos autores); e, por fim, a discussão sobre a matéria no Brasil (país da formação jurídica desta mestrandia), em que se discute a reforma da Lei de Direitos Autorais e cujo projeto para a nova lei não contempla um sistema de compensação equitativa para a cópia privada.

Em seguida, avançaremos para o Capítulo 3, onde pretendemos analisar como a cópia privada vem sendo abordada no âmbito do legislador e da jurisprudência da União Europeia.

O primeiro tema será da licitude e ilicitude da obra copiada. Após intenso debate - o que verificamos inclusive no âmbito da doutrina em Portugal - a jurisprudência do TJUE já reconheceu expressamente que o limite para uso privado só se justifica para as cópias decorrentes de obras intelectuais adquiridas licitamente. Assim, cópias de obras pirateadas ou contrafeitas não estariam no âmbito da cópia para uso privado.

O segundo tema prende-se à análise sobre as questões controversas da compensação equitativa. Aqui, utilizaremos como referência o recente e significativo arcabouço jurisprudencial do TJUE, que, nos últimos anos, tem tentado delinear com maior precisão quais as características que um sistema de compensação equitativa deve ter para estar em conformidade com a Diretiva da Sociedade da Informação. Dentre os temas, destacaremos: a finalidade privada da utilização dos equipamentos de reprodução, as características desses equipamentos passíveis de os tornarem sujeitos ao pagamento da compensação, os responsáveis pelo pagamento (fabricante, importador, distribuidor ou consumidor?), a irrelevância da autorização do titular de direito para a realização da cópia privada (ponto que consideramos de bastante relevância), os critérios de distribuição e a (controversa) inclusão do editor enquanto beneficiário da compensação equitativa.

Feita a análise do tema da cópia privada sob a perspectiva da União Europeia, avançaremos para o Capítulo 4, com a análise dos preceitos da lei portuguesa. Apresentaremos como o CDADC prescreve a exclusividade do autor na exploração econômica da obra intelectual, bem como o rol de utilizações livres ou exceções e limites a esse direito – ali onde se insere o direito à reprodução para uso privado. Na sequência, discutiremos o contexto da aprovação da Lei n.º 49/2015 de 5 de junho e suas peculiaridades:

os equipamentos sujeitos à compensação equitativa, a responsabilidade pelo pagamento, a forma de distribuição, as situações de isenção e o diagnóstico do primeiro ano da nova lei.

Da análise destes temas, será possível verificar que o estabelecimento de um sistema que reflita e persiga uma retribuição justa e que exprima de maneira próxima uma efetiva compensação aos autores é o ponto nevrálgico da matéria. Ante as reconhecidas dificuldades práticas, o sistema parece estar a avançar para deixar de lado o critério do prejuízo efetivo para um sistema de compensação equitativa alicerçado em uma potencial compensação global apta a remunerar os autores pelas utilizações privadas.

Haverá um ponto desta premissa que merecerá nossa reflexão: o vínculo entre a utilização privada e o dever de pagamento da compensação equitativa é feito com base em uma constatação geral, uma presunção de que os autores “perdem” direitos patrimoniais quando suas obras são reproduzidas em suportes de cópia para uso privado. Ora, a aquisição de uma obra intelectual já não pressupõe a possibilidade da cópia privada? Especialmente no contexto digital, onde, como ainda exemplificaremos, grande parte das autorizações já pressupõe a utilização da obra em mais de um suporte?

Por fim, concluiremos com uma questão que deverá ser objeto de reflexão e cujos indícios de resposta este trabalho talvez permita delinear: o contexto digital e a celeridade das comunicações eletrônicas parecem estar a viabilizar a utilização das obras intelectuais por intermédio de serviços que permitem a remuneração dos titulares de direitos e de maneiras que independem da capacidade de armazenamento dos suportes. Os problemas dos sistemas de compensação equitativa para a cópia privada são reveladores de seu desajuste a essa nova realidade e indicam uma possível transição e passagem para sistemas alternativos de compensação aos titulares de direitos.

- CAPÍTULO 1 -

A CÓPIA PRIVADA NOS SISTEMAS DE LIMITES

AOS DIREITOS DE AUTOR

CAPÍTULO 1. A CÓPIA PRIVADA NOS SISTEMAS DE LIMITES AOS DIREITOS DE AUTOR

Ao tratarmos da cópia privada, referimo-nos essencialmente à “realização de uma cópia da obra intelectual para uso pessoal de quem a tira”.¹ As legislações nacionais e de direito da União Europeia tutelam esta possibilidade, ao inserir a cópia privada como uma exceção ou limite do exercício dos Direitos de Autor no momento de autorizar a utilização da sua obra.

O avanço da tecnologia e a multiplicidade de suportes que hoje permitem a cópia tornaram a questão mais complexa. Do livro impresso, passamos hoje ao livro digital. Da música ouvida no rádio, temos hoje a música pela internet, ouvida em *download* ou *streaming*.² O mesmo com os filmes: o acesso ao conteúdo cinematográfico deixou o videocassete e o DVD e está hoje em plataformas digitais dos sistemas de radiodifusão. Esta é uma constatação inequívoca e certamente repetitiva nos estudos de Propriedade Intelectual dos últimos vinte anos. Não há, todavia, como negar a necessidade de apresentá-la. É nessa transição que se encontram os grandes dilemas contemporâneos do Direito de Autor.

Há que se ressaltar que esta assertiva tem como base o próprio levantamento bibliográfico para esta tese de mestrado, cujas referências - especialmente aquelas que debatem a questão da cópia para uso privado - datam deste período de tempo. Pesquisas jurídicas sobre este objeto tomaram maior força após a Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação (doravante apenas Diretiva da Sociedade da Informação).^{3 4}

¹ VIEIRA, José Alberto Coelho. “Download de obra protegida pelo direito de autor e uso privado”. In: *Direito da sociedade da informação*, v. 8, p. 421-470, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 422.

² Em definições livres, podemos dizer que, para a ilustração desta pesquisa, o *download* é a operação de transmissão de um conteúdo disponível em um sítio virtual qualquer, acessado através da internet, para o computador de um utilizador. Através do seu *browser* (também chamado navegador, como, por exemplo, o *Internet Explorer* ou *Google Chrome*), o utilizador pode efetuar esta operação de cópia para que um ficheiro armazenado em um servidor da *web* seja armazenado em seu computador. Assim, futuros acessos ao mesmo ficheiro será independente de uma ligação com a internet. Já o *streaming* é uma tecnologia que permite a reprodução de conteúdo multimídia com maior rapidez. O acesso ao conteúdo depende tão somente de uma ligação a internet, sem que seja necessário que o utilizador faça uma operação de cópia (ou *download*).

³ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação*. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT> >. Acesso em: 06 dez. 2015.

Os considerandos da Diretiva da Sociedade da Informação partem do pressuposto de que o desenvolvimento tecnológico diversificou a atividade de criação e multiplicou as formas de exploração das obras intelectuais.⁵ MANUEL CASTELLS denomina este fenômeno de “sociedade em rede”, cuja característica fundamental está na incorporação à ordem econômica dos usos viabilizados pela internet: “*a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.*”⁶

Para PIERRE LÉVY, temos hoje uma “cibercultura”: um novo espaço (ou “rede”) de interações, propiciado a partir de uma cultura fomentada pela informática; ou ainda um conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento desse espaço.⁷

Na perspectiva de MICHAEL STRANGELOVE, a internet e a velocidade das comunicações e partilhas de arquivos foram encaradas inicialmente como um risco aos titulares de direitos patrimoniais sobre as obras intelectuais.⁸ Passado certo estranhamento inicial, as dificuldades de equilíbrio mantêm-se, mas o rápido avanço da tecnologia passou a ser encarado pelo direito como um desafio alcançável.

LAWRENCE LESSIG, na obra “*Code and Other Laws of Cyberspace*”, de 1999, também desmistificou a ideia de que a propriedade intelectual não encontraria proteção no ciberespaço. E o fez sob uma perspectiva interessante. O autor constatou que a propriedade intelectual sempre esteve em conflito com a tecnologia justamente em razão da evolução e sofisticação dos mecanismos de cópia. Mas que a lei passou a oferecer respostas a essa evolução. O autor exemplifica o fenômeno com os limites à cópia no âmbito das bibliotecas,

⁴ O Direito da União Europeia derivado (aquele que decorre dos tratados constitutivos da União Europeia) assume a forma de regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres (Art. 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). As Diretivas tem como destinatários apenas os Estados-Membros, obriga os Estados destinatários apenas quanto ao resultado que visa alcançar e deixa aos Estados destinatários liberdade de escolha quanto à forma e quanto aos meios de alcançar o resultado previsto. Para que as Diretivas possam vigorar na ordem interna dos Estados é necessário que sejam transpostas para o Direito interno nos prazos nela fixados. Cfr: QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 468-469.

⁵ A constatação é feita no Considerando 5 da Diretiva da Sociedade da Informação: “Considerando (5): O desenvolvimento tecnológico multiplicou e diversificou os vectores da criação, produção e exploração. Apesar de não serem necessários novos conceitos para a protecção da propriedade intelectual, a legislação e regulamentação actuais em matéria de direito de autor e direitos conexos devem ser adaptadas e complementadas para poderem dar uma resposta adequada à realidade económica, que inclui novas formas de exploração”.

⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 43.

⁷ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 17.

⁸ STRANGELOVE, Michael. *The Empire of Mind: Digital Piracy and the Anti-Capitalist Movement*. Toronto: University of Toronto Press, 2005. p. 11.

o *time shifting*⁹ para programas de televisão: a existência de um incremento na proteção legal que caminha em certa medida com o incremento da atividade de cópia. O ciberespaço certamente propôs um desafio à esta dinâmica, já que facilitou imensamente a cópia ao mesmo tempo em que tornou a proteção e controle mais difíceis. O fenômeno, inicialmente visto com temor pelos titulares de direito, tem, na abordagem de LESSIG – feita em 1999 e, portanto, mesmo antes da existência de inúmeros recursos digitais - uma perspectiva objetiva e de certa forma otimista para proteção ao Direito de Autor. Para LESSIG o principal desafio não será proteger o direito - isso consegue-se na conjugação de medidas tecnológicas e normas jurídicas. O principal dilema será viabilizar o acesso a obra, sem que isso implique em maior ingerência na privacidade do utilizador e sem que isso limite o acesso à informação.¹⁰

Retomaremos essa ideia ao final deste trabalho. Por ora, é pertinente a nota de que a evolução digital contribuiu para a releitura da necessidade de proteção aos direitos de autor. As questões quanto ao acesso e utilização de conteúdos criativos ficaram mais delicadas e o legislador e os tribunais parecem estar hoje cientes dessa realidade. Conforme veremos, demonstram estar atentos à inevitável dinâmica social e econômica do acesso e distribuição das obras intelectuais que foi viabilizada pela tecnologia.

Tendo esses pressupostos em conta, iniciaremos a análise dos sistemas de limites e exceções contemplados no âmbito do Direito de Autor Continental, conhecido por prever, em regra, uma lista fechada de hipóteses de utilização que dispensam a autorização dos titulares de direitos ponderados pela Regra dos Três Passos. Iniciaremos nosso estudo pela análise da conjectura histórica desse sistema e das fontes de direito internacional e comunitário que o consignam.

Será também importante cotejar o sistema de limites e exceções contemplado no âmbito do Direito de Autor Continental com o *Copyright*, que permeia seu sistema de limites

⁹ *Time shifting* é um processo pelo qual uma transmissão de rádio ou televisão é gravada para armazenamento em um dispositivo, a fim de serem reproduzidos em um momento diferente. Cfr. PARSONS, June Jamerich; OJA, Dan. *New perspectives on Computer Concepts 2010: Introductory*. [S.I.]: Dengang Learning, 2009. p. 465.

¹⁰ Sobre a alteração do paradigma proteção x acesso, o autor consigna: “*In such an age – in a time when the protections are being perfected – the real question for law is not, how can law aid in that protection? But rather, is the protection to great? The mavens were right when they predicted that cyberspace will teach us that everything we thought about copyright is protected far too well. The problem will center not on copy-right but on copy-duty – the duty of owners of protected property to make that property accessible.*” LESSIG, Lawrence. *Code and other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. p. 127.

pelo que se concebe como *fair use*. Isso porque importantes referências jurisprudenciais vem a contribuir para a análise do tema da cópia privada no âmbito desta análise comparativa.

Preliminarmente, cabe-nos questionar: por que as legislações contemplam um sistema de exceções e limites aos Direitos de Autor? Porque o Direito de Autor não é absoluto.¹¹ Admite-se que em determinados casos e para proteger outros direitos – como o direito à informação e à privacidade – que o direito do autor sobre a sua obra sofra limitações.

Melhor dizendo, identificamos aí não um simples caso de aparente conflito de regras, cuja solução se dá por meio da subsunção. Há uma colisão entre os princípios que vem a fundamentar a proteção de cada um dos sujeitos de direito envolvidos na fruição de uma obra intelectual. Neste caso, configura-se como solução o método da técnica da ponderação.¹²

Trata-se a ponderação do processo de aplicação do critério de proporcionalidade entre princípios fundamentais em um caso concreto.¹³ O exame da proporcionalidade, por sua vez, denota um procedimento classificatório, axiológico e eliminatório da aplicação de princípios atinentes a um bem jurídico.¹⁴ Parte-se da ideia de “*limitação das medidas lesivas ao estritamente necessário para se atingir um determinado fim, fundada no direito do cidadão à menor desvantagem possível*”.¹⁵

Há ainda uma diferença terminológica, a qual esta pesquisa deseja explicar e definir desde logo. A Diretiva da Sociedade da Informação estabelece em seu Artigo 5º as “exceções e limitações” aos direitos de autor, utilizando termos distintos do direito nacional (que optou pela denominação “utilizações livres”). Qual será a denominação mais precisa?

No plano internacional as expressões “limites e exceções” são utilizadas como equivalentes. É o que vemos no Art. 10.º do Tratado da Organização Mundial da Propriedade

¹¹ RENDAS, Tito. “Fair Use na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)”. In: *Propriedades Intelectuais*, N.º 3. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 27.

¹² SIECKMANN, Jan-Reinhard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990. p. 18.

¹³ SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 172 e ss.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 183.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 270. apud. VICENTE, Laura Nunes. *O princípio da proporcionalidade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014. p. 15. Disponível em: < http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf >. Acesso em 13 jun. 2016.

Intellectual sobre Direito de Autor (*World Intellectual Property Copyright Treaty*, de 1996)¹⁶ e no Art. 13º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- TRIPS*, de 1994).¹⁷ No âmbito do Direito Industrial o Art. 31.º do TRIPS enuncia “outras utilizações sem autorização do titular do direito”, parecendo referir-se igualmente de forma indistinta a limites e exceções.¹⁸

É usual encontrar nos textos do legislador comunitário/internacional e mesmo na doutrina inúmeras denominações para designar a mesma matéria. Para além da terminologia “exceções”, “limites”, “limitações” e “utilizações livres”, encontra-se: “restrições”, “atos autorizados”, “direitos dos utilizadores”, “licenças obrigatórias”, “licenças compulsórias” ou “licenças estatutárias”. Em direito comparado, os termos também diferem: Alemanha e Espanha falam em “limites”, França utiliza “exceções e limites”, a Bélgica apenas “exceções”. Reino Unido, “Atos Permitidos”.¹⁹

NUNO GONÇALVES questiona se há neutralidade na utilização indistinta dessas expressões e remete-nos à necessidade de maior precisão das mesmas do ponto de vista jurídico. Sugere a análise da exceção como o ato que retira a utilização da obra intelectual do campo do exclusivo, do monopólio do titular do direito, enquanto o limite indica um ato dentro desse exclusivo, mas que, em atenção a um interesse público, diminui a esfera de controlo do titular de direito, conferindo-lhe a faculdade de receber por esse limite uma compensação.²⁰ O autor remete à interessante constatação de CHRISTOPHE GEIGER, que refere que o termo exceção implica em uma certa “hierarquia” e que o termo “limitação” não induz a tal valoração.²¹

¹⁶ Portugal é parte do Tratado, aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 53/2009 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 68/2009, ambos publicados no Diário da República, 1.ª série, n.º 146, de 30 de julho de 2009.

¹⁷ Este tratado foi publicado na Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais da Rodada do Uruguai, através do Jornal Oficial L 336 de 23 de dezembro de 1994. Internamente, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 82-B/94, ambos publicados no Diário da República I-A, n.º 298, 5.º suplemento, de 27 de dezembro de 1994.

¹⁸ GONÇALVES, Nuno. “Notas sobre limitações e exceções no direito de autor”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 Anos de Vida Universitária*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 476-477.

¹⁹ RENDAS, 2015, p. 27.

²⁰ GONÇALVES, 2016, p. 477.

²¹ GEIGER, Christophe. “The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can Influence The Shape and Use of IP Law”. In: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 153-176. apud. GONÇALVES, 2016, p. 478.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO questiona o vínculo que se faz entre limites e exceções e pontua diferenças: os limites, como o nome indica, delimitam intrinsecamente os direitos, não são obstáculos exteriores a uma imaginária limitação (como seriam as exceções). Em consequência, as regras que trazem limites não são regras excepcionais. Todas as regras negativas podem ser consideradas limites, inclusive as próprias regras excepcionais.²²

No âmbito da doutrina em Portugal parece existir maior unanimidade também na utilização do termo "limites".²³ Assim, adotaremos como regra no presente trabalho a terminologia "limites", sem prejuízo de eventualmente e por referência a citações feitas pela jurisprudência e do próprio legislador comunitário, utilizar o termo "exceções".

Feitas as observações gerais e ressalvas pertinentes, daremos início ao estudo das bases históricas e premissas de limites ao Direitos de Autor em que se insere a cópia para uso privado. A seguir, delimitamos materialmente a Regra dos Três Passos e o *Fair Use*; e concluiremos com uma perspectiva a refletir sobre a aproximação das soluções viabilizadas por cada um desses sistemas.

1.1 PANORAMA HISTÓRICO

Para que seja possível perceber como a questão da cópia privada tornou-se hoje uma discussão relevante aos estudos de Direito de Autor, convém traçarmos uma breve perspectiva histórica sobre os sistemas de proteção das criações intelectuais. É da análise histórica desses sistemas que poderemos perceber que a "cópia" é, desde os primeiros contornos jurídicos relativos ao Direito de Autor, a atividade desencadeadora das maiores questões. Só o autor cria. Todavia, todos conseguem copiar.

Na Roma Antiga, era célebre a figura dos copistas - profissionais remunerados que reproduziam as obras por meio de cópias manuscritas. Foi quando o Direito de Autor ganhou sua primeira abordagem enquanto fenômeno social e passou a requerer enquadramento

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 216.

²³ Nesse sentido, vide: 1) VICENTE, Dário Moura. "Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o Acórdão Padawan do Tribunal de Justiça da União Europeia". In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 21-32, 2012. p. 24; 2) TRABUCO, Cláudia. *O direito de reprodução de obras literárias e artística no ambiente digital*. Coimbra, 2006. p. 467 e ss; 3) PEREIRA, Alexandre Dias. *Direito de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008b. p. 540; e 4) VIEIRA, 2009, p. 421 e ss.

jurídico: a obra tinha a conotação moral de quem desenvolvia a atividade criadora em si, e a econômica, exclusiva daquele que se investia no mero trabalho de reproduzi-la. Quem recebia a pecúnia eram os copistas, enquanto aos autores só eram reconhecidas as honras, quando respeitada a paternidade ao texto original.²⁴

Foi com a imprensa, na metade do séc. XV, que a cópia veio a despontar enquanto problema da proteção jurídica ao Direito de Autor. Principalmente, no que se refere à remuneração dos autores e dos limites à reprodução e utilização. A imprensa viabilizou grande capacidade de reprodução de um mesmo texto em série, bem como a custos mais baixos. A figura do copista foi então substituída pela figura do editor.²⁵ Os dilemas em torno da proteção das criações intelectuais passaram a circundar sobre um elemento não único, mas ainda assim central: o livro, enquanto produto da criação intelectual de seu autor, sua impressão e o monopólio dos editores.²⁶

A partir do surgimento da imprensa, os modelos de proteção ao Direito de Autor foram construídos em precedentes ocorridos em França e Inglaterra, o que deram origem, respectivamente, ao chamado Direito Continental do Autor e ao *Copyright*.

Por uma questão de cronologia, apresentaremos uma breve perspectiva histórica do *Copyright* e, em seguida, do Direito Continental do Autor.

A Inglaterra viveu sua primeira explosão editorial nos anos de 1641, com a impressão de edições de livros populares e panfletos políticos com ideias revolucionárias. Essa liberdade foi breve: em 1643 o Parlamento aprovou a retomada da censura prévia e a limitação da liberdade de imprensa.²⁷

A reação a estas restrições tem como símbolo a publicação, por JOHN MILTON, de “*Areopagítica – a speech of Mr. John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*”, nos idos de 1644. Havia ali um discurso em defesa da liberdade de expressão, em oposição ao *Licensing Order of 1643* – Portaria para regulamentação das

²⁴ GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais na Era Digital*. 4.^a ed. São Paulo: Record, 2001. p. 24.

²⁵ GANDELMAN, 2001, p. 26.

²⁶ ASCENSÃO, 2012a, p. 13.

²⁷ ARISTEGUI, David García. *¿Por qué Marx no Habló de copyright? La Propiedad Intelectual y sus Revoluciones*. Madrid: Enclave de libros, 2014. p. 34.

publicações e censura prévia.²⁸ O controle era feito pela “*Stationers’ Company*” – associação de impressores e livreiros – que tinha o monopólio das impressões.

MILTON tentou demonstrar que o sistema de controle de publicações seria insuficiente para atender a sua finalidade: assegurar os bons costumes e impedir a disseminação de ideias contrárias ao governo. Para MILTON, comportamentos contrários à ordem aconteceriam independentemente do estabelecimento da censura. Aliás, ainda impediria a progressão do conhecimento. A obra de MILTON por diversas vezes aponta que mecanismos estatais de censura seriam incapazes de disseminar as virtudes, uma vez que essas só se fazem presentes onde impera a liberdade. A acusação de que a censura prévia constituiria estagnação das mentalidades e obstáculo ao avanço do conhecimento tornou a obra referência da construção do conceito de “liberdade de informação”.²⁹

Foi, no entanto, apenas sob a influência de JOHN LOCKE (“*Locke’s 1694 Memorandum*”) que, em 1695, o paradigma alterou-se com a revogação da *Licensing Order*. Teve início, então, um novo período de liberdade e desregulamentação do mercado editorial.³⁰ Naquele documento, LOCKE aponta a necessidade de que os livros, panfletos e retratos em papel impresso deveriam ter um prazo de proteção após a sua primeira edição. Somente após esse lapso temporal, poderiam então ser reproduzidos sem autorização do autor ou de quem tivesse os direitos sobre a exploração econômica da obra. LOCKE era, portanto, contra um direito perpétuo sobre as obras para além de contestar veementemente o monopólio das impressões pela *Stationers’ Company*.³¹

A liberdade absoluta após a revogação do *Licensing Order* não trouxe o modelo ideal. A preocupação era apenas acabar com o monopólio da censura prévia e da impressão, mas o benefício foi em proveito dos editores e livreiros em detrimento dos autores, confrontados com a impressão desenfreada de exemplares de livros e periódicos, sem que tivessem concedido a respectiva autorização.³² Atento a este cenário, DANIEL DEFOE propôs, em “*An*

²⁸ ARISTEGUI, 2014, p. 34-35.

²⁹ “*Give me liberty to know, to utter and to argue freely according to conscience, above all liberties*”. Cfr. MILTON, John. *Areopagítica: Discurso sobre a liberdade de expressão*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 215-219.

³⁰ ARISTEGUI, 2014, p. 33-39.

³¹ HUGHES, Justin. “*Locke’s 1694 Memorandum (and More Incomplete Copyright Historiographies)*”. In: *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, v. 27, n. 3, p. 555-572, 2010. p. 562-563.

³² ASCENSÃO, 2012a, p. 13.

Essay on the Regulation of the Press” (1704), o direito dos autores de controlar a difusão de suas obras e dizer quem, quando e de que maneira seus textos poderiam ser publicados.³³

DEFOE foi pioneiro na denúncia contra a pirataria, o que, em consequência, despertou a atenção da *Stationers’ Company*, que decidiu abraçar a defesa dos direitos dos autores como uma maneira de retomar o poder outrora mitigado com a perda do monopólio das impressões. A entidade passou a se posicionar através de um discurso pautado na caracterização do autor como difusor do conhecimento (argumento central nos textos de MILTON e LOCKE).³⁴

Em 1710, o Parlamento Inglês enfim aprovou o “*Statute of Anne (1710)*”. Trata-se da fonte legislativa universalmente reconhecida pela doutrina como a lei que criou o *Copyright*, ou direito de reprodução. Põe-se em prática o ideal de proteção aos interesses dos autores. À *Stationers’ Company* foram restituídas certas atribuições, mas não o monopólio das impressões, este visto como anacrônico à maioria liberal do Parlamento da época.³⁵

Convém apontar que, tanto nas colocações de LOCKE quanto de DEFOE, há preocupação com as vicissitudes do processo de reprodução como uma garantia do autor ou editor, mas também enquanto premissas que viabilizassem o mercado editorial. A cópia privada insere-se justamente na questão da reprodução (só que para uso particular) e do direito - à partida exclusivo - de o autor autorizar como e quantas vezes sua obra pode ser reproduzida.

Conforme ainda veremos, o direito de reprodução não encontra maiores mitigações no sistema do *Copyright* que viabilizem a cópia privada como um comportamento lícito do utilizador da obra intelectual. No *Copyright*, a atividade de cópia sem autorização do autor (privada ou não) é via de regra violação ao Direitos de Autor, sendo essa uma característica importante para percebermos a base desse sistema.

Apresentadas resumidamente as premissas históricas do *Copyright*, falaremos brevemente sobre alguns pontos que caracterizam historicamente o surgimento do modelo de Direito de Autor Continental. Este, advindo de um movimento de contestação do monopólio de impressão similar ao da Inglaterra, ocorreu em França e partiu também de um sistema de censura prévia, exercida pelo Grêmio dos Livreiros de Paris.

³³ ARISTEGUI, 2014, p. 41.

³⁴ TEILMANN-LOCK, Stina. *The Object of Copyright: A Conceptual History of Originals and Copies in Literature, Art and Design*. New York: Routledge, 2016. p. 13.

³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. 2012, p.13.

Em 1726, atento à necessidade de justificar seu monopólio em um momento de crescente ideologia liberal, o Grêmio encomendou ao jurista LOUIS D'HERICOURT um estudo que justificasse sua atuação. O jurista utilizou as ideias de LOCKE relativas à propriedade privada para justificar a propriedade literária, e o pressuposto de que os autores teriam outorgado à entidade o direito de impressão.³⁶

Em 1761 o monopólio editorial do Grêmio foi extinto, mas ainda eram concedidos privilégios aos editores. DENIS DIDEROT foi contratado pela agremiação para defender a ideia de que a outorga, pelo autor, do direito de editoração, concederia uma “propriedade perpétua” aos seus membros.³⁷

Em “Carta sobre o comércio dos livros” (1763), DIDEROT realiza uma defesa ambivalente dos direitos dos autores: apesar de defendê-los, utilizou-o como um instrumento para justificar a propriedade literária perpétua unicamente dos grêmios, para fins de manutenção de uma ordem entre os livreiros, responsáveis pelo processo de editoração. Como ponto de defesa à atividade editorial, DIDEROT defendeu também que não poderia ser o autor o editor de sua obra.³⁸

Após oscilações, os privilégios dos editores que remanesceram foram finalmente abolidos, quando, a partir de 1777, pela primeira vez e finalmente, se legislou sobre os “privilégios dos autores” no ordenamento jurídico francês. Foi garantido naquele momento a faculdade da auto editoração.³⁹

O início da Revolução Francesa (1789) desencadeou a doutrina do *laissez-faire* e não intervenção do Estado na economia, o que culminou com um mercado editorial desregulado. Neste período, é célebre também a atuação do dramaturgo BEAUMARCHAIS a impulsionar a “*Société des auteurs dramatiques*”, em defesa dos direitos dos autores, face aos produtores de espetáculos.⁴⁰

Apaziguadas as discussões sobre o monopólio das impressões, os sistemas de proteção aos direitos dos autores evoluíram, cada qual em seu próprio contexto histórico e

³⁶ ARISTEGUI, 2014, p. 48.

³⁷ ARISTEGUI, 2014, p. 48.

³⁸ DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. v. 3. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002. p. 21.

³⁹ ARISTEGUI, 2014, p. 54.

⁴⁰ SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES. De 1777 à nos jours: De Beaumarchais à l'ère numérique, plus de deux siècles d'expérience de gestion des droits d'auteur Disponível em: <<http://www.sacd.fr/De-1777-a-nos-jours.32.0.html>>. Acesso em 10. Fev 2016.

político. As legislações da Inglaterra e da França consolidaram-se conforme foram desafiadas pelo avanço da tecnologia.

O que parece despontar da análise de cada um desses contextos históricos, é que o Direito de Autor nasceu enquanto atribuição de “privilégios” onde o cariz económico parece revelar-se com maior força do que as premissas filosóficas de criação/autoria. Essa constatação é feita VICTOR GAMEIRO DRUMMOND, para quem: *“no processo histórico constante que conduz à existência de interesses para a atribuição de exclusividades como medida de garantia do investimento, não se vislumbraria a procura (e compreensão) do sujeito - criador. A figura histórica do autor (ao qual se atribuiria a condição de autor clássico ou romântico) surgiria mais fortemente em momento posterior. Esta falta de fundamento filosófico fortalece o valor económico às justificativas e, vem desde então, comprovando que se está diante de um déficit filosófico do Direito de Autor”*.⁴¹

Feita essa reflexão, é importante apontar que os sistemas guardam características em comum. Foram consequências dos desafios sociais em que estavam inseridos. Ambos resolvidos sob influência de valores liberais e contextos políticos. As novas liberdades vieram a regular a progressiva mercantilização da cultura, posto que houve forte inspiração normativa ao redor do mundo no que estava posto nos dois regimes jurídicos em comento.⁴²

Mas há também sensíveis diferenças. As duas concepções existem hoje em diferentes países e marcos regulatórios e deram origem a dois sistemas característicos de proteção à propriedade intelectual.

O sistema de *Copyright* preza pelo utilitarismo da obra e sua reprodução, é mais permissivo nas transferências de titularidades, facilita a circulação das obras e tem pouca densidade de direitos pessoais. Já o modelo francês tem maior apreço pela proteção ao autor. É personalista e apesar de também focado na valorização da “propriedade privada”, procura privilegiar a propriedade ao criador intelectual.⁴³ Resumidamente, podemos dizer que o modelo francês difere do modelo inglês, essencialmente, pela primazia da figura do autor sobre a obra.⁴⁴

⁴¹ DRUMMOND, Victor Gameiro. “Os privilégios monopolistas como elementos comuns para os sistemas de Copyright e de Droit d’auteur e o déficit filosófico do direito de autor”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 Anos de Vida Universitária*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 622.

⁴² ARISTEGUI, 2014, p. 61-62.

⁴³ DRUMMOND, 2016, p. 602.

⁴⁴ GANDELMAN, 2001, p. 28.

Os sistemas guardam ainda diferenças quanto à admissibilidade da cópia privada. Enquanto o sistema anglo-saxão considera-a uma violação do *Copyright* sobre a obra protegida (o que, conforme veremos, tem sido flexibilizado), os países que adotam o modelo continental admitem-na e avaliam sua licitude.⁴⁵ Essas diferenças partem, entretanto, de técnicas legislativas distintas para se estabelecer limites ao Direito de Autor: enquanto o sistema de *Copyright* opta por uma cláusula geral, o sistema continental opta, em regra, por uma enumeração exaustiva sopesada com uma regra de ponderação (a “Regra dos Três Passos”).⁴⁶

Passemos, portanto, à análise das noções essenciais dos sistemas de limites e exceções adotados no âmbito do Direito de Autor Continental e do *Copyright*.

⁴⁵ VIEIRA, 2009, p. 422.

⁴⁶ RENDAS, 2015, p. 27.

1.2 A REGRA DOS TRÊS PASSOS

Na Europa, em razão da multiplicidade de sistemas jurídicos, as exceções aos direitos dos autores foram delineadas a partir de uma perspectiva internacional. Conforme ainda veremos, não se tem um sistema com tão grande margem de interpretação como o *fair use*, mas há também – e cada vez mais - espaço à interpretação.

Em 1886, a Convenção de Berna instituiu entre Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Inglaterra, Itália e Suíça a “União Internacional das Nações para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas”.⁴⁷ Foram sucessivas as alterações e inúmeros os países que aderiram (até Outubro de 2016, 172), tornando-a instrumento de referência internacional no que toca à proteção dos Direitos de Autor. Portugal aderiu à Convenção na versão do Acto de Berlim em 1911, tendo posteriormente aderido à versão de Paris, através do Decreto n.º 73/78, de 23 de julho.⁴⁸

Atualmente, a Convenção de Berna é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Trata-se de organização internacional intergovernamental alçada como agência especializada da Organização das Nações Unidas. Foi instituída em 1967, atualmente com 188 Estados Membros e com sede em Genebra, na Suíça.

A OMPI tem como missão desenvolver a proteção da propriedade intelectual em uma perspectiva internacional. Atua nesse intuito ao propor a harmonização das legislações dos diferentes países através de seus atos. Também estimula a assinatura de acordos internacionais, presta assistência técnica e jurídica no âmbito da Propriedade Intelectual e difunde informações e estudos sobre a matéria.

Dois são os princípios fundamentais enunciados pela Convenção de Berna: o princípio da equiparação – que obriga os Estados-Membros a tratar as obras de autores de outros Estados Membros como se fossem obras de um nacional – e o princípio da proteção mínima – que atenua o rigor do princípio da equiparação e estabelece um conteúdo mínimo de

⁴⁷ “O mais importante tratado internacional em matéria de Direito de Autor é a Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas de 9 de Setembro de 1886, completada em Paris em 4 de Maio de 1896, revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908, completada em Berna em 20 de Março de 1914 e revista em Roma em 2 de Junho de 1928, em Bruxelas em 26 de Junho de 1948, em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 e em Paris em 24 de Julho de 1971, e modificada em 2 de Outubro de 1979”. Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 50.

⁴⁸ Países signatários e datas de adesão disponíveis em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15>. Acesso em 5 Out. 2016.

proteção: definição de obras protegidas, reconhecimento do direito moral do autor e prazo de proteção das obras de no mínimo cinquenta anos.⁴⁹

A revisão à Convenção de Berna feita em Estocolmo no ano de 1967 trouxe, ao Art. 9.º, n.º 2, a “Regra dos Três Passos” como critério geral de admissibilidade das exceções e limites ao direito de autor, em que consignou-se: *“fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”*.

A Regra dos Três Passos foi introduzida no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- TRIPS*, de 1994) em seu Art.13.º.⁵⁰ Já no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor (*World Intellectual Property Copyright Treaty*, de 1996), em seu Art. 10.º.⁵¹

Nos instrumentos internacionais supracitados, a Regra dos Três Passos funciona como um critério de admissibilidade aos limites que venham a ser introduzidos pelos legisladores nacionais.⁵²

O legislador da UE optou por adotar a Regra dos Três Passos na Diretiva da Sociedade da Informação. No entanto, a regra é incorporada de uma maneira diferente.

No Art.5º da Diretiva da Sociedade da Informação, há, primeiro, uma lista de vinte e um limites aos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público que os Estados-

⁴⁹ LEITÃO, 2011, p. 51.

⁵⁰ “Article 13. Limitations and Exceptions Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder”. Disponível em: < https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm#1 >. Acesso em: 26 jan. 2016.

⁵¹ “Article 10. Limitations and Exceptions (1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.” E a nota: “Agreed statement concerning Article 10: It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment. It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention”. Disponível em: < http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#P83_10885 >. Acesso em: 26 jan. 2016.

⁵² RENDAS, 2015, p. 27.

Membros podem optar por transpor aos ordenamentos nacionais. Dentre eles, a cópia para uso privado (Art. 5º, 2, b).⁵³

A esta lista acrescentou-se a Regra dos Três Passos, com o objetivo de condicionar os juízes à só aplicarem as exceções: i) em certos casos especiais; ii) que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou outro material; e iii) que não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular de direitos.⁵⁴

Deve-se avaliar se as exceções são compatíveis, ou seja, encontram-se nas condições enunciadas pela Regra dos Três Passos.⁵⁵ Cumprido ao intérprete aferir no caso concreto a existência de uma condição que exceda a exploração normal da obra e a existência de um efetivo prejuízo aos direitos do autor. São conceitos amplos, que traduzem a ideia comum de que as utilizações livres não podem ser qualitativa nem quantitativamente de tal expressão que afetem o desfrute econômico da obra pelo próprio autor, efetivo titular do direito à exploração patrimonial.⁵⁶

Há que se notar que apesar de um sistema em que se visou maior previsibilidade, os problemas de interpretação e de divergências de entendimentos entre os sistemas jurídicos também se colocam. Isso porque também se exige uma análise interpretativa das próprias exceções. Nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, temos um sistema paradoxal: *“se se faz uma enumeração taxativa, como se vem depois dizer que as restrições só se aplicam em certos casos especiais? Quer dizer que as várias previsões ainda ficam restringidas no momento da aplicação, por só poderem ser aplicadas em casos especiais?”*⁵⁷

⁵³ “Art.5.º Exceções e limitações (...) 2. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações ao direito de reprodução previsto no artigo 2.º nos seguintes casos: (...) b) Em relação às reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6.º, à obra ou outro material em causa. ”

⁵⁴ RENDAS, 2015, p. 28.

⁵⁵ “(...) todas as exceções e limitações previstas estão sujeitas à regra dos três passos. Isto só pode ter um sentido: o de que em abstrato nenhuma delas (obrigatórias e facultativas) é violadora da referida regra cabendo, no entanto, ao aplicador, em face do caso concreto, aferir a sua compatibilidade com a mesma. O exposto mais reforça a nossa convicção de que a regra dos três passos é uma norma de aplicação concreta”. Cfr. CORDEIRO, Pedro. “Limitation and Exceptions under the ‘Three-step-Test’ and in National Legislation: Differences between the Analog and Digital Environments”. In: *National Seminar on the WIPO: Internet Treaties and the Digital Technology*, Rio de Janeiro, 2001. p.7. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_cr_rio_01/wipo_cr_rio_01_3.doc >. Acesso em: 10 fev. 2016.

⁵⁶ MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 211.

⁵⁷ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. “O ‘Fair Use’ no Direito Autoral”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 4, p. 89-106, 2003a. p. 93.

Em 2008, sob a iniciativa dos Professores CHRISTOPHE GEIGER e RETO M. HILTY (Instituto Max Planck para Direito da Propriedade Intelectual de Munique, Alemanha,) e JONATHAN GRIFFITHS (Faculdade de Direito, Queen Mary Universidade de Londres, Reino Unido) em conjunto com diversos professores, publicou-se uma declaração para interpretação da Regra dos Três Passos.

Intitulada “Declaração sobre o Teste dos Três Passos”, o documento reconheceu a existência de interpretações indesejáveis da Regra dos Três Passos. Segundo o estudo, o sistema dava margem a interpretações restritivas e com fundamentações pouco equilibradas, que em sua maioria privilegiavam os direitos dos titulares dos direitos sobre a obra em desfavor de interesses também legítimos dos utilizadores.

Composto por seis parágrafos, o documento recomenda a adoção de interpretações mais amplas, que observem as circunstâncias factuais, e que levem em conta interesses legítimos consubstanciados para além do Direito de Autor, como o progresso científico, cultural, social e económico. De acordo com a Declaração, os passos não devem ser avaliados isoladamente, mas interpretados de forma conjunta e sem prioridade de um em relação a outro. Deve-se fazer uma interpretação adequada e equilibrada dos limites.⁵⁸

Sobre o primeiro passo – “certos casos especiais”, há a recomendação de que os limites devem ser delineados com precisão de modo a evitar uma infinita possibilidade de interpretações quanto às utilizações. A Declaração enuncia que “os casos especiais” não devem impedir (a) os legisladores de introduzirem limitações e exceções abertas, desde que seu escopo seja razoavelmente previsível; ou (b) os tribunais de aplicarem limitações e

⁵⁸ “1. O Teste dos Três Passos constitui um todo indivisível. Os três passos do teste devem ser considerados conjuntamente, em uma avaliação geral e abrangente. 2. O Teste dos Três Passos não exige que as limitações e exceções sejam interpretadas restritivamente, devendo ser interpretadas em consonância com seus objetivos e propósitos. 3. A restrição do Teste às limitações e exceções dos direitos de exclusivo a certos casos especiais não impede, quando possível dentro do sistema legal a que se vinculam: (a) os legisladores de introduzirem limitações e exceções abertas, desde que seu escopo seja razoavelmente previsível; ou (b) os tribunais de, - aplicar limitações e exceções enunciadas em lei mutatis mutandis a circunstâncias factuais similares, ou - estabelecer novas limitações ou exceções. 4. Limitações e exceções não conflitam com a exploração normal da matéria protegida, se - forem fundadas em interesses concorrentes importantes ou - tiverem o efeito de se contrapor a restrições não-razoáveis à concorrência, notadamente em mercados secundários, particularmente quando compensação adequada for assegurada, seja ou não por meios contratuais. 5. Ao se aplicar o Teste dos Três Passos, devem-se tomar em consideração os interesses dos titulares originários de direitos, assim como os dos titulares subsequentes de direitos. 6. O Teste dos Três Passos deve ser interpretado de maneira a respeitar os interesses legítimos de terceiras partes, inclusive - interesses derivados de direitos humanos e liberdades fundamentais; - interesses sobre competição, notadamente em mercados secundários; e - outros interesses públicos, sobretudo aqueles concernentes ao progresso científico, cultural, social ou ao desenvolvimento económico”. Cfr. GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, M. Reto. “Declaração sobre o ‘Teste dos Três Passos’ do Direito de Autor”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 8, p. 471-480, 2009. p. 477-478.

exceções enunciadas em lei *mutatis mutandis* a circunstâncias factuais similares, ou ainda estabelecer novas limitações ou exceções.

Esta interpretação à partida poderia conflitar com o estabelecido na Diretiva da Sociedade da Informação, uma vez que esta não permitiu aos Estados-Membros criarem novas limitações ou exceções. Todavia, foi concedida a eles liberdade para optarem por aquelas que assim desejassem, desde que estivessem contempladas na Diretiva.

A Declaração teria, portanto, ido além do determinado pela Diretiva.⁵⁹ No entanto, como assinala ALEXANDRE DIAS PEREIRA, a interpretação permite a análise de situações que, não estando expressamente previstas, se estiverem devidamente fundamentadas, podem sim justificar um tratamento análogo.⁶⁰

Parece-nos que a interpretação encontra respaldo na aplicação pelos tribunais, onde o recurso à analogia, ponderação e equidade se impõe com maior margem ao intérprete. No entanto, permitir que o legislador enuncie limites para além dos previstos na Diretiva, é, talvez, uma interpretação controversa; nem por isso, totalmente deslocada da realidade. A flexibilização – desde que justificável – é uma das soluções que o legislador comunitário está a ponderar. Conforme ainda veremos em detalhe, a Resolução do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de julho de 2015 (2014/2256(INI), aborda justamente a necessidade de revisão deste ponto da Diretiva da Sociedade da Informação como passo essencial para a promoção da criatividade e da inovação e de criação de um mercado único digital.⁶¹

Dentre os considerandos da Resolução, aqueles que se referem aos limites ao Direito de Autor indicam que, nos casos em que já se aplique um limite, as novas utilizações de

⁵⁹ CAÇADOR, Ana Rita Martins. *O uso da obra protegida sem consentimento do autor: uma perspectiva centrada no confronto entre as utilizações livres e os sistemas de fair use*. Tese de Mestrado n.º 142709004. Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Maio, 2011. p. 22.

⁶⁰ PEREIRA, Alexandre Dias. “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)”. In: *Estudos em Honra do Professor José de Oliveira Ascensão*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008c. p. 853-869. p. 865.

⁶¹ É o que determina o Considerando 43.: “Acentua que, nos casos em que já se aplique uma exceção ou limitação, as novas utilizações de conteúdos possibilitadas pela evolução tecnológica ou novas utilizações da tecnologia devem ser, tanto quanto possível, interpretadas em conformidade com a exceção ou limitação existente, desde que a nova utilização seja semelhante à já existente, com vista a melhorar a segurança jurídica – de acordo com o teste dos três passos; reconhece que esta flexibilidade na interpretação das exceções e limitações pode permitir a adaptação das exceções e limitações em causa às diferentes circunstâncias nacionais e necessidades sociais” e o Considerando 52: “Salienta que quaisquer novas exceções ou limitações introduzidas no sistema jurídico de direitos de autor da UE têm de ser devidamente justificadas por uma análise económica e jurídica sólida e objetiva”. Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de julho de 2015, sobre a aplicação da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (2014/2256(INI)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0273+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 15 mar. 2016.

conteúdos possibilitadas pela evolução tecnológica devem ser, tanto quanto possível, interpretadas em conformidade com o limite existente, desde que a nova utilização seja semelhante à já existente e de acordo com a Regra dos Três Passos. Reconhece-se a flexibilidade na interpretação dos limites para permitir a adaptação dos mesmos às diferentes circunstâncias nacionais e necessidades sociais. A Resolução refere ainda que quaisquer novas exceções ou limitações introduzidas no sistema jurídico de Direitos de Autor têm de ser devidamente justificadas por uma análise econômica e jurídica sólida e objetiva. Temos, portanto, o reconhecimento da possibilidade de inclusão de novos limites e exceções, desde que em harmonia com as exceções e limites já existentes.

A Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital apresentada em 14 de setembro de 2016, apresenta três novos limites: *text and data mining*⁶², atividades de ensino e a preservação do patrimônio cultural (Título 3 – *Measures to adapt Exceptions and Limitations to the Digital and Cross-Border Environment*, Artigos, 3, 4 e 5 respectivamente).⁶³ Tal proposta evidencia que o legislador comunitário, em que pese ponderar a flexibilidade da lista fechada, parece continuar preocupado em fixar objetivamente os limites que entende como adequados.

Dando seguimento à nossa análise sobre a Regra dos Três Passos, cumpre-nos trazer algumas notas sobre o segundo passo. O segundo passo indica que a utilização da obra não deve prejudicar sua “exploração normal”. No entanto, definir exatamente o que vem a ser normalidade da exploração não é tarefa simples e depende de características empíricas.

A jurisprudência do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, no caso UE vs. Estados Unidos (WT/DS 160) contribuiu para a definição deste e dos demais passos.⁶⁴ A União Europeia questionou a compatibilidade de duas formas de utilização de obras musicais permitidas pelo *Copyright Act* com a Regra dos Três Passos prevista pelo TRIPS. Uma das modalidades de utilização permitia transmissões de obras

⁶² *Text and Data Mining* é, em definição livre, a tecnologia que permite a indexação de conteúdos a fim de relacioná-los e agrupá-los por temas que tenham em comum. É um mecanismo de grande utilidade para pesquisa científicas. A Proposta de Diretiva sugere que se viabilize para as instituições de ensino e pesquisa a possibilidade de utilização dessa tecnologia para reprodução de obras protegidas.

⁶³ EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market (COM(2016) 593 final). 2016a. p. 24-25. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN> >. Acesso em: 16 set. 2016.

⁶⁴ GINSBURG, Jane C. *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*. New York: Columbia University School of Law, 2001. p. 14. Disponível em: < http://www.law.columbia.edu/center_program/law_economics/wp_listing_1/wp_listing?exclusive=filemgr.download&file_id=64212&rtcontentdisposition=filename%3DWP207.pdf >. Acesso em: 17 mar. 2016.

musicais, sem autorização e remuneração dos autores, em pequenos estabelecimentos de venda a retalho de alimentos e bebidas (“*business exemption*”). A outra modalidade também previa a isenção se o equipamento para transmissão fosse equipamento de uso doméstico (“*homestyle exemption*”). O Painel reconheceu que a “*business exemption*” era incompatível com a Regra dos Três Passos, enquanto a “*homestyle exemption*” estava de acordo com ela.⁶⁵

A decisão traz uma análise de todos os passos e faz uma abordagem interessante para a definição do prejuízo para a “exploração normal da obra”: uma maneira de mensurar a extensão do conceito seria considerar se, para além das formas de exploração que geram receitas significativas e tangíveis, a exploração em análise goza de certo grau de probabilidade para adquirir importância econômica que se sobreponha ou interfira àquela que é usualmente feita pelos titulares de direitos. Se o potencial existe, há que se considerar a existência de interferência na exploração normal da obra e a utilização em comento estaria em desacordo com a Regra dos Três Passos.⁶⁶

O suporte original da obra, o momento da utilização, os meios de exploração, a antiguidade e a relevância da obra para o autor são requisitos a serem ponderados de acordo com razões de ordem prática e econômica. Ou seja, há conflito com a exploração normal da obra quando o autor passa a perceber reflexos importantes na comercialização (efetiva e potencial) da sua obra.

Para CHRISTOPHE GEIGER, é um conceito a ser concretizado por estudos econômicos que devem ser apresentados pelas partes em litígio e avaliadas pelos aplicadores do direito. Mesmo que se questione a previsibilidade – e exatidão – desta análise.⁶⁷

A “Declaração sobre o Teste dos Três Passos” indica ainda que não há conflito com a exploração normal da obra se a exploração estiver consubstanciada em “interesses concorrentes importantes” ou tiverem o efeito de se contrapor a “restrições não-razoáveis à

⁶⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States — Section 110(5) of US Copyright Act*. Panel Report: 15 jun. 2000. Disponível em: < https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=55222&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash= >. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁶⁶ “Thus it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance.”. GINSBURG, 2001.

⁶⁷ GEIGER, Christophe. “The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society”. In: *e-Copyright Bulletin*, jan.-mar. 2007. p. 16. < http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf >. Acesso em 23 mar. 2016.

concorrência”. Notadamente, em “mercados secundários”, particularmente quando a “compensação adequada for assegurada, seja ou não por meios contratuais”. Apesar da amplitude que o conceito de “normalidade da exploração” traz consigo, temos em certa medida alguns parâmetros trazidos pela interpretação exposta na Declaração. Nomeadamente, a não interferência no mercado relevante da obra.

Por fim, cumpre-nos ainda algumas notas sobre o terceiro passo, de onde extrai-se que a exploração da obra não deverá prejudicar irrazoavelmente os legítimos interesses do titular de direitos. Quais interesses?

Novamente socorremo-nos das conclusões trazidas pelo relatório da Organização Mundial do Comércio no caso UE vs. Estados Unidos (WT/DS 160). O relatório começa por tentar definir “legítimos interesses” enquanto aqueles que: a) são sancionados ou autorizado por lei ou princípio de forma lícita e adequada e b) normais, regulares e conforme um padrão reconhecido. São aqueles que gozam de proteção legal, sob pena de se criar maior incerteza jurídica.⁶⁸

A questão crucial passa a ser qual o nível de prejuízo que pode ser considerado como “razoável”. Para aferir a medida de tal prejuízo, o Relatório sugere estimar em termos econômicos, o valor de exercício (através de licenciamento, por exemplo) desses direitos: haverá um prejuízo aos interesses legítimos dos titulares de direitos se a utilização em questão “faz com que” ou “tem o potencial para” causar uma perda razoável dos direitos patrimoniais que usualmente são aferidos pelos titulares de direitos.⁶⁹

⁶⁸ CAÇADOR, 2011, p. 25.

⁶⁹ Do Relatório, extraímos: “The term “legitimate” has the meanings of “(a) conformable to, sanctioned or authorized by, law or principle; lawful; justifiable; proper; (b) normal, regular, conformable to a recognized standard type.” Thus, the term relates to lawfulness from a legal positivist perspective, but it has also the connotation of legitimacy from a more normative perspective, in the context of calling for the protection of interests that are justifiable in the light of the objectives that underlie the protection of exclusive rights. We note that the ordinary meaning of “prejudice” connotes damage, harm or injury. “Not unreasonable” connotes a slightly stricter threshold than “reasonable”. The latter term means “proportionate”, “within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate”, or “of a fair, average or considerable amount or size”. Given that the parties do not question the “legitimacy” of the interest of right holders to exercise their rights for economic gain, the crucial question becomes which degree or level of “prejudice” may be considered as “unreasonable”. Before dealing with the question of what amount or which kind of prejudice reaches a level beyond reasonable, we need to find a way to measure or quantify legitimate interests. (...) The crucial question is which degree or level of “prejudice” may be considered as “unreasonable”, given that, under the third condition, a certain amount of “prejudice” has to be presumed justified as “not unreasonable”. In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner”. Cfr. WORLD TRADE ORGANIZATION, 2000.

A “Declaração sobre o Teste dos Três Passos” indica em seu Ponto 5 que o terceiro passo deve também deve ser interpretado de maneira a respeitar os interesses legítimos de terceiras partes, inclusive - interesses derivados de direitos humanos e liberdades fundamentais; - interesses sobre competição, notadamente em mercados secundários; e - outros interesses públicos, sobretudo aqueles concernentes ao progresso científico, cultural, social ou ao desenvolvimento econômico.

A razoabilidade do prejuízo parte do pressuposto de que, para além da interferência da exploração aos interesses do autor, essa interferência é, efetivamente, relevante. E a relevância é aferida na medida em que se contrapõe o Direito de Autor com outros interesses jurídicos igualmente importantes como os ressaltados pela Declaração.

Aqui, vale abrir parênteses. Há quem ressalve a existência de um efetivo conflito entre o Direito de Autor e referidos direitos. No artigo, *Le Droit d’auteur à l’épreuve du droit à l’aculture*, MARIE CORNU e NATHALIE MALLET-POUJOL tentam desmistificar a ideia de que o direito de autor está em contraposição ao direito à cultura e ao direito à informação. As autoras defendem que o Direito de Autor não deve ser avaliado como um entrave à liberdade de expressão. A análise deve ser feita partindo-se do pressuposto de que o direito do autor nunca foi ilimitado (há o domínio público e as situações de abuso de direito). Da mesma forma, o direito à cultura e informação poderiam também ser enfrentados dentro do sistema de limites e exceções aos direitos de autor.⁷⁰

Apresentadas as características essenciais dos limites aos Direitos de Autor do Sistema de Direito Continental e da Regra dos Três Passos, cabe-nos agora a análise da abordagem de limites aos Direitos de Autor trazida pelo *Copyright: o fair use*.

⁷⁰ “Comme le releve André Lucas, “le nécessités d’un accès à l’information justifient à coup sûr que des limites soient apportées au droit d’auteur. Mais l’arbitrage – interne, cette fois-ci – est fait par la loi sur le droit d’auteur, pas ailleurs”(A.Lucas, *Propr.intell.* avr 2002, n.º3, p.58). À cet égard, nombreux sont les concepts, émaillant le droit d’auteur, qui témoignent du souci de préserver le droit à la culture, come, par exa,ple, la notion de domaine public ou la notion d’abus de droit. À ces deux techniques juridiques de “contention” du périmètre du droit d’auteur, s’ajoutent, bien entendu, les hypothèses légales d’exceptions au droit d’auteur (...)” E ainda: “(...) l’argument du droit à la culture est à double tranchant. À être reçu aux seules fins de démonter le monopole de l’auteur, il y risque aussi une banalisation dangereuse. C’est ce qu’a démontré la jurisprudence en matière de droit à l’information. D’un autre côté, l’intérêt culturel participe de l’équilibre de matière, au travers notamment des exceptions et du jeu du libre parcours au profit du public. Plaider pour une meilleure approche culturelle de la matière, la démarche est admissible tant du côté du créateur que du côté de l’amateur”. Cfr. CORNU, Marie. MALLET-POUJOL, Nathalie. “Le Droit à l’épreuve du droit à la culture”. In: BRUGUIÈRE, Jean-Michel (Org.). *Droit D’Auteur et Culture*. Paris: Dalloz, 2007. p. 136-145.

1.3 COPYRIGHT E FAIR USE

Para compreender como o *Copyright* aborda a questão da cópia privada, é preciso ter em conta uma característica importante deste sistema: o *fair use* (nos Estados Unidos da América) ou *fair dealing* (no Reino Unido).

O *fair dealing*, apesar de levar em conta as considerações do *fair use*, não representa uma cláusula geral e tem hoje especificações legislativas que o aproxima do Sistema Continental.⁷¹ O *fair dealing* foi codificado em 1911 e especifica as situações em que se aplica. Atualmente, está previsto nas Seções 29, 30 e 30A do *Copyright, Designs and Patents Act 1988* do Reino Unido. Para além da utilização “justa”, há que se demonstrar uma das seguintes finalidades, apresentadas em rol taxativo: efeitos de investigação ou estudos privados (Seção 29), crítica, análise ou citação (Seção 30-1), relato de eventos da atualidade (Seção 30-2) e caricatura, paródia ou pastiche (Seção 30A).⁷²

Podemos dizer que a margem de flexibilidade do *fair dealing* é deveras menor do que a do *fair use*, o que o aproximaria até mais do sistema da Regra dos Três Passos. Não pretendemos aprofundar-nos nas diferenças de ambos os sistemas - até porque talvez muito não nos reste dizer. Avançaremos com a análise do *fair use* pois é nele que encontraremos os maiores pontos de divergência com o sistema de limites adotado pelo Direito de Autor Continental.

O *fair use* é, em apertada síntese, uma cláusula geral de avaliação no caso concreto, que leva em conta se a utilização da obra intelectual constitui “uso justo, razoável ou equitativo”.⁷³

Elaboração da jurisprudência norte-americana, o primeiro exemplo de *fair use* é do ano de 1841, em *Folsom v. Marsh*. O caso dizia respeito a duas biografias de George Washington. A primeira consistia em uma compilação de doze volumes, com cartas e memorandos de George Washington, comentadas ocasionalmente por JARED SPARCKS. O trabalho que supostamente teria violado a obra de JARED SPARCKS foi escrito por CHARLES

⁷¹ ASCENSÃO, 2003, p. 95.

⁷² UNITED KINGDOM. *Copyright, Designs and Patents Act*. 1988. Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> >. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁷³ PEREIRA, 2008c, p. 853.

UPHAM: também uma compilação de cartas selecionadas, mas apenas em dois volumes e destinado às bibliotecas escolares.⁷⁴

O juiz da Suprema Corte estadunidense, JOSEPH STORY, reconheceu que um autor tem o "direito de abreviar e selecionar" partes de outra obra, se o que foi selecionado, qualitativa ou quantitativamente, fosse necessário para um fim justificável (neste caso, o conhecimento histórico), desde que não substituísse o trabalho original. No entanto, esta constatação dependeria essencialmente da natureza e objetos das seleções feitas, a quantidade e o valor dos materiais utilizados, bem como o grau em que o uso poderia prejudicar a venda do trabalho original.⁷⁵

Para o juiz, a cópia de tantas cartas não era um uso justo, mas infração aos direitos de autor. Sem levar em conta a questão de que as cartas não eram de quaisquer dos autores - mas sim do biografado - foram reconhecidas ali algumas condições para o *fair use*, mas negou-se naquele caso a sua existência.

O fato da obra conter textos do biografado, o que mitigaria o direito de *fair use*, torna a decisão objeto de críticas. RAY PATTERSON aponta severas críticas à decisão: para o autor, é surpreendente que o exemplo do nascimento do *fair use* tenha sido creditado ao caso *Folsom x Marsh*. O precedente seria falacioso por dois motivos: o primeiro, porque o caso apenas redefiniu o conceito de infração aos direitos de autor e não efetivamente "criou" o *fair use*. O segundo, porque o caso, ao reforçar a autoria de uma obra que, na verdade, se tratava de um apanhado de cartas do biografado, acabou por ampliar os direitos dos autores.⁷⁶

Feita esta breve contextualização histórica, foi apenas após anos de debate jurisprudencial que, em 1976, o *fair use* foi inserido ao *Copyright Act* (Título 17 do *United States Code*, Seção 107).⁷⁷ No contexto legislativo, o *fair use* considera ausência de violação

⁷⁴ PATTERSON, L. Ray. "Folsom V. Marsh and its Legacy". In: *Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, p. 431-452, 1998. p. 431.

⁷⁵ PATTERSON, 1998, p. 439.

⁷⁶ PATTERSON, 1998, p. 438.

⁷⁷ Da íntegra do texto, temos: "§ 107 . Limitations on exclusive rights: Fair use: Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phono records or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors".

aos direitos de autor a utilização da obra e sua reprodução para fins de crítica, comentário, informação, ensino e investigação. O rol de exemplos apresentado pelo *Copyright Act* não é taxativo, o que concede margem de avaliação aos tribunais para avaliarem a existência ou não de violação.

Quatro são os fatores para aferição do *fair use*.⁷⁸ São, nomeadamente: a) finalidade; b) natureza da obra; c) quantidade e substancialidade da porção utilizada; e d) efeito da utilização.

O primeiro deles refere-se a finalidade e o carácter da utilização, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou para fins educacionais e não lucrativos. Deve-se ter em conta o objetivo da utilização da obra: se para fins pessoais ou com o intuito de lucro. Identificada a finalidade comercial da utilização, excluído está o *fair use*.

O segundo critério prende-se à natureza da obra protegida. Qual a extensão da criação intelectual da obra protegida? Estamos a falar de que tipo de criação intelectual? Uma notícia de jornal, um filme, uma obra literária? Busca-se neste critério aferir o “grau de criatividade”. Essencialmente, o que este critério avalia, é quanto maior a generalidade da obra intelectual, maior a possibilidade de se identificar um *fair use*.

O terceiro critério avalia a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação à obra como um todo. Para além da quantidade de trechos da obra, analisa-se a relevância (ou substancialidade) desses trechos à utilização realizada.

O quarto critério implica no efeito da utilização no mercado potencial da obra protegida ou do seu valor. Haverá impacto no mercado da obra se múltiplas utilizações semelhantes ocorrerem? Este último critério foi, durante muito tempo e de acordo com a jurisprudência americana, o fator mais relevante: bastava que se demonstrasse a possibilidade de interferência no mercado potencial da obra protegida e de obras destas derivadas para afastar a existência do *fair use*.⁷⁹

UNITED STATES OF AMERICA. *Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. Disponível em: < <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107> >. Acesso em 20 jan. 2016.

⁷⁸ OLSON, Christina. “A Practical Guide to the Fair Use Doctrine in American Copyright Law”. In: *Signal/Noise 2k5: Creative Revolution?* Cambridge: Harvard, 2005. p. 3-4. Disponível em: < http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFINAL.pdf >. Acesso em: 17 jan. 2016.

⁷⁹ ASCENSÃO, 2003, p. 96.

No entanto, há quem entenda que abordagem perdeu força para o primeiro fator. Especialmente, quando se evidencie uma diferente finalidade e se verifique um caráter transformativo de utilização.⁸⁰

Desde 2013, o *Copyright Office* nos Estados Unidos disponibiliza uma base de dados que permite consultar, por categoria de obra ou tipo de utilização (filmes, música, fotografia, pesquisa, paródia, internet, dentre outros) julgados de todas as instâncias norte americanas que tenham debatido a existência do *fair use* nos casos em concreto submetidos a julgamento. O “*Fair Use Index*”, como é chamado, parece ser um útil mecanismo para identificação dos requisitos e parâmetros adotados pelos julgadores para aferição do *fair use*.⁸¹

A doutrina do *fair use* e do *fair dealing* não reconhecem, em regra, a cópia para uso privado como utilização justa. Entretanto, nos Estados Unidos há um precedente que concede licitude a determinadas utilizações. É o caso, por exemplo, da gravação de programas televisivos para sua posterior reprodução em meio familiar.

Em 1984, produtores de programas de televisão processaram a empresa Sony, à época fabricante dos equipamentos de gravação de vídeo Sony Betamax (*Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 - 1984). Propunham a averiguação de violação de direitos de autor, uma vez perpetrada pelos consumidores que utilizavam o equipamento Sony para fazer cópias de programas de televisão dos demandantes.

A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que a utilização para fins essencialmente domésticos e privados, com intuito não comercial e sem fins lucrativos, não constituía violação ao *Copyright* dos produtores. Suportado por esse precedente jurisprudencial, consolidou-se o entendimento de que há possibilidade de gravação de programas de televisão (*time-shifting*) com a finalidade de posterior utilização doméstica pelo espectador constitui uma utilização justa.⁸²

⁸⁰ “O caráter transformativo do uso tem vindo a impor-se como critério determinante nas decisões de fair use, desde que foi formulado pelo Juiz Pierre Leval no seu influente artigo *Toward a Fair Use Standard* e adotado pelo Supremo Tribunal dos EUA, em 1994, no caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S.569, p. 579 (1994): “The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story’s words, whether the new work merely “supersede[s] the objects” of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the facts with new expression, meaning or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is “transformative””. NETANEL, Neil W. “Making Sense of Fair Use”. In: *Lewis & Clark Law Review*, v. 15, 2011. p. 734 e ss. apud. *RENDAS*, 2015. p. 29.

⁸¹ UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Copyright Office Fair Use Index*. 2016. Disponível em: < <http://www.copyright.gov/fair-use/> >. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁸² UNITED STATES OF AMERICA. *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/> >. Acesso em: 15 abr. 2016.

Recentemente, no ano de 2015, outro caso envolvendo *time-shifting* foi objeto de análise sob a perspectiva do *fair use* pelos Tribunais Americanos. Trata-se do precedente *Fox Broad. Co. v. Dish Network, LLC*, No. 2:12-cv-04529-DMG-SH (C.D. Cal. Jan. 12, 2015).⁸³ O precedente entre as empresas tem inúmeros contornos processuais pelo que nos limitaremos a apresentar um rápido contexto do tema principal.

A Dish Network é uma empresa de televisão por assinatura que passou a disponibilizar aos seu clientes um equipamento que permitia a gravação dos programas de televisão, para visualização em momento posterior. Até aqui, sem maiores diferenças com o caso Sony. O que acresce é que a tecnologia disponibilizada pela Dish Network permitia também a retirada dos comerciais: cópias com “*quality assurance*”, ou garantia de qualidade.

Em um primeiro momento, o *United States Courts of Appeal for the Ninth Circuit* considerou que as cópias viabilizadas pela Dish enquadravam-se como *fair use*: “*if recording an entire Copyrighted program is fair use, the fact that viewers do not watch the ads not Copyrighted by Fox cannot transform the recording into a Copyright violation.*” Assim, inicialmente considerou-se que a possibilidade de retirada dos comerciais não transformaria a utilização em uma violação ao *Copyright*. Mas o julgamento teve desenvolvimentos e sob a perspectiva de um potencial dano a Fox, considerou-se que a inexistência de *fair use* poderia ser verificada se detectado um impacto comercial na possibilidade da Fox em licenciar os programas. Em outras palavras: a possibilidade de supressão dos comerciais poderia vir a afetar a rentabilidade que a Fox auferia desses anunciantes. Para além disso há outras tecnologias disponibilizadas pela Dish cujo *fair use* é duvidoso: a “*home to mobile device streaming*”, “*home to mobile device copy*” (possibilidade de acesso do conteúdo televisivo pelo telemóvel, via *streaming* ou *download*).

A questão ainda não tem uma solução final e as partes estão a tentar celebrar um acordo que permita a Dish disponibilizar a tecnologia, mas que impeça potenciais prejuízos aos distribuidores de conteúdo. De todo o modo, o precedente é um exemplo interessante de como o paradigma do caso Sony (de permissão ao *time-shifting*) encontra hoje dificuldades de ser compatibilizado com as novas tecnologias.

⁸³ UNITED STATES OF AMERICA. *Fox Broad. Co. v. Dish Network, LLC*, No. 2:12-cv-04529-DMG-SH (C.D. Cal. Jan. 12, 2015). Disponível em: < <http://www.copyright.gov/fair-use/summaries/fox-dish-cdcal2015.pdf> >. Acesso em: 19 abr. 2016.

Na União Europeia, as práticas de *time-shifting* e *format-shifting*⁸⁴ são consideradas como abrangidas pela cópia privada e por isso, em regra, lícitas.

Os exemplos da jurisprudência norte americana ilustram a diferença de abordagem entre os sistemas: enquanto o *fair use* analisa licitude do ato de reprodução pelo caso concreto, o Sistema Continental o faz tendo como parâmetro o rol de limites pré-determinados em lei.

Os fatores enunciados pelo *fair use* são, portanto, critérios de valoração a serem aferidos no caso concreto. Seguindo o critério de proporcionalidade adotado na decisão do órgão jurisdicional, se decidirá pela licitude ou não da utilização não autorizada da obra em questão.

A suposta falta de previsibilidade do sistema de *fair use* é o ponto que o torna suscetível a críticas. A cláusula geral torna-o, para alguns, incapaz de fornecer segurança prévia e precisão sobre as hipóteses de violação. As regras seriam potencialmente – e demasiadamente – maleáveis pelos julgadores, o que inevitavelmente levaria à insegurança jurídica.⁸⁵

Regra geral, a cópia privada constitui, nos sistemas de *Copyright*, violação aos Direitos de autor. Mas os precedentes jurisprudenciais que aqui apresentamos apresentam uma certa tolerância a algumas utilizações privadas. Parece-nos que a evolução digital talvez esteja a demandar, cada vez mais, soluções equivalentes aos temas de Direito de Autor, independentemente do sistema em que estejam inseridos. Conforme veremos a seguir, o limite da utilização privada tem se revelado um exemplo importante desse novo paradigma.

1.4 A APROXIMAÇÃO DAS SOLUÇÕES

Como vimos, a dicotomia entre a concepção de *Copyright* dos sistemas de *Common Law* e a concepção do *Droit d'Auteur* dos sistemas de Direito Continental do Autor parte de valorações distintas feitas no âmbito de cada sistema jurídico. As diferenças refletem-se nos

⁸⁴ “*Format shifting*” é a conversão de arquivos de mídia em um formato diferente de arquivo. O procedimento pode ser utilizado para reproduzir uma mesma mídia em dispositivos diferentes, como, por exemplo a conversão de arquivos de áudio em CD-R/RW para formatos digitais, como MP3. Cfr. PARSONS; OJA, 2009, p. 465.

⁸⁵ NIMMER, David. “‘Fairest of them all’ and other fairy tales of fair use”. In: *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 66, p. 264-287, 2003. Disponível em: < <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1281&context=lcp> >. Acesso em: 15 abr. 2016.

sistemas de limites e representam um desafio ao legislador da UE bem como à harmonização internacional.

Deve-se encontrar mecanismos para respeitar as tradições nacionais, com a proposição de soluções-quadro que permitam aos Estados-Membros a adoção das medidas, em harmonia com suas tradições legislativas. Tanto a Convenção de Berna quanto a Diretiva da Sociedade da Informação representam uma tentativa de aproximação desses sistemas e não um reforço à sua dicotomia.⁸⁶

Mesmo assim, o debate ainda é polarizado⁸⁷ entre posições que, ora partem de uma perspectiva minimalista de proteção, com defesas acaloradas em prol da liberdade de informação e mitigação aos Direitos de Autor; ora avançam para abordagens maximalistas, com debates sobre o reforço de medidas tecnológicas de proteção⁸⁸, de elementos como prazos de proteção e diminuição dos casos em que se poderiam relativizar os direitos patrimoniais dos autores.

A origem do debate tem seu fundamento, como vimos, no âmbito das teorias de justificação dos direitos de autor⁸⁹: tanto o *Copyright*, em seu viés utilitarista, quanto as teorias de direito natural do sistema continental de *Droit d'Auteur* – que visa a proteção da personalidade criativa e a respectiva necessidade de compensação aos autores – contém premissas que, embora de raízes distintas, preocupam-se com a proteção e retribuição ao criador intelectual.

O problema está nas formas como cada sistema estabelece os limites aos direitos de autor. É a valoração e elenco dos limites que leva à discussão sobre as vantagens e desvantagens do *fair use*, em contraposição a uma lista fechada de limites interpretada à luz

⁸⁶ PEREIRA, Alexandre Dias. “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 106.

⁸⁷ RENDAS, 2015, p. 26.

⁸⁸ São medidas ou dispositivos tecnológicos de proteção todas as técnicas, dispositivos ou componentes que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir atos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizadas pelo titular de direito de propriedade intelectual. Tanto na definição do CDADC (Art. 217º) quanto na definição da Diretiva da Sociedade da Informação abrangem medidas que restrinjam o acesso à obra ou a protejam. Os dispositivos que limitem o número de cópias ou contabilizem o acesso não se encontram abrangidos pela definição. Cfr. LEITÃO, 2011, p. 370. A problemática sobre as medidas tecnológicas de proteção prende-se ao possível risco de implicarem em sérios problemas em relação ao direito de acesso do público à obra. A tecnologia utilizada sem maior medida pode vir a negar acesso à obras não protegidas ou acabar por proibir utilizações que a lei considera livres. Sobre este tema: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. “Dispositivos Tecnológicos de Protecção e Direito de Acesso do Público”. In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 137-149, 2012. p.147.

⁸⁹ RENDAS, 2015, p. 26.

da Regra dos Três Passos, cujo modelo foi adotado pela Diretiva da Sociedade da Informação.

O *fair use* recebe críticas pela sua falta de previsibilidade e consequentemente, incerteza jurídica. Já as críticas ao sistema previsto pela Diretiva da Sociedade da Informação resumem-se à sua pouca flexibilidade: o principal argumento é o de que o sistema de limites previsto na Diretiva não é suficiente para responder às controvérsias colocadas pela inovação tecnológica. A digitalização de obras protegidas, os motores de busca e o *user-generated content* seriam exemplos de situações que demandariam uma análise mais flexível.⁹⁰

Mas há, no entanto, estudos a demonstrar que uma abordagem menos restritiva na aplicação da Diretiva da Sociedade da Informação vem sendo assumida pela jurisprudência. O texto de referência deste ponto do trabalho – “*Fair Use na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)*” - de autoria de TITO RENDAS e publicado em Junho de 2015 faz uma abordagem bastante precisa sobre o fenômeno.

Conclui-se que: i) os tribunais europeus estão cada vez mais a interpretar as exceções e limites de forma ampla, julgando lícitas utilizações não expressamente prevista no rol de limites e ii) as conclusões dos tribunais europeus são em certa medida convergentes àquelas encontradas em casos julgados sob a égide do sistema de *fair use*, apesar das diferenças de técnica legislativa.⁹¹

Dentre os exemplos deste contexto, há um que se relaciona de modo mais próximo com a utilização privada da obra intelectual e sobre o qual deteremos nossa atenção: o *download* não autorizado de obras protegidas para uso privado. Essa foi uma das primeiras questões que desafiaram a proteção aos direitos de autor com o advento da tecnologia digital e teve diferentes abordagens, conforme foi apreciada por parte dos tribunais norte-americanos e europeus. No entanto, quinze anos depois do primeiro precedente, a apreciação da matéria chegou a resultados similares em ambos os sistemas jurídicos, o que parece denotar uma aproximação no raciocínio na aferição dos limites ao Direitos de Autor, seja pelo *fair use*, seja pela Regra dos Três Passos.

⁹⁰ RENDAS, 2015, p. 31.

⁹¹ RENDAS, 2015, p. 27.

O primeiro precedente emblemático foi decidido em 2001, do caso *A&M Records, Inc. (e outras) v. Napster, Inc.*⁹² O Napster alterou o paradigma da indústria da música. O programa tinha, em termos de programação, um sistema centralizado de servidores próprios combinados a uma rede *peer to peer*⁹³, que permitia aos seus publicar suas músicas em um servidor comum, o qual poderia ser acedido pelos outros utilizadores. O Napster viabilizava então a ponte entre o utilizador interessado em determinada música e os ficheiros armazenados pelos outros utilizadores.⁹⁴

Na ação movida pela A&M Records, Inc., em conjunto com outras dezessete gravadoras (todas membros da *Recording Industry Association of America* - RIAA), o Nono Circuito Federal Norte Americano considerou – assim como a decisão de primeira instância, proferida pelo *District Court Northern District of California* - existirem elementos suficientes para impor ao Napster responsabilidade pela violação do *Copyright* sobre obras musicais protegidas. Concluiu-se que o Napster tinha conhecimento de que havia material contrafeito no seu sistema informático e que fomentava e facilitava a troca dos mesmos entre seus utilizadores, beneficiando-se financeiramente da violação do *Copyright* sobre obras musicais. Exercia o Napster, portanto, o papel de “*contributory infringement*”.

A tese de defesa do Napster, baseada na existência de um *fair use* e na alegação de um uso substancialmente não violador no *Copyright* (“*substantial non infringing use*”) foi rejeitada. Com a decisão, o Napster foi obrigado a encerrar suas atividades e declarou falência em 2002.⁹⁵

Outro precedente também é relevante para a análise que pretendemos fazer: o caso *MGM Studios, Inc v. Grokster, Inc.* (2005)⁹⁶. Tal como o Napster, o Grokster era um sistema informático que permitia a partilha de ficheiros, nomeadamente obras audiovisuais. No

⁹² UNITED STATES OF AMERICA. *AM Records, Inc. (and others) vs. Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (2001). Disponível em: < <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html> >. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁹³ Em uma definição livre, *peer-to-peer* (ou P2P) é uma arquitetura de redes que dispensa um servidor central e permite a ligação direta entre os computadores dos utilizadores, permitindo compartilhamentos de serviços e dados. A ligação é estabelecida por meio do *download* de um software que viabiliza que a colocação do computador do utilizador em rede. Os sistemas P2P apresentam duas características importantes: i) possibilitam o intercâmbio, a distribuição e a reprodução massiva de produtos culturais sob a forma de arquivos digitais que circulam através da internet como recursos livres e gratuitos e 2) o valor de sua rede aumenta exponencialmente com o número de utilizadores que se conecta a ela. Cfr. SANTINI, Rose Marie. *Admirável Chip Novo*. Rio de Janeiro: E-papers, 2003. p. 3.

⁹⁴ VIEIRA, 2009, p. 430-432.

⁹⁵ VIEIRA, 2009, p. 437.

⁹⁶ UNITED STATES OF AMERICA. *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/04-480P.ZS> >. Acesso em: 10 jun. 2016.

entanto, o Grokster não tinha servidores centrais: os utilizadores, após o download do software, partilhavam os ficheiros com a utilização dos computadores em rede.

Ou seja, diferentemente do Napster, o Grokster não tinha controlo sobre o material que circulava em sua rede. A questão central no julgamento da ação impetrada pela *MGM Studios* era elucidar se o distribuidor de um produto capaz de um uso simultaneamente lícito e ilícito é responsável pelos atos de violação de *Copyright* levados por terceiros.

A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que, apesar das utilizações lícitas que o sistema permitia, o distribuidor poderia sim ser responsabilizado ao disponibilizar e instigar a utilização de um produto que viabilizava um número elevado de utilizações ilícitas. O Grokster lucrava com publicidade em função do número de utilizadores.⁹⁷

A responsabilidade da parte ré pelas violações de *Copyright* das obras protegidas foram justificadas, portanto, com base em uma “*secondary liability*” (responsabilidade secundária), alicerçada nas teorias do “*contributory infringement*” (infração por contribuição) ou “*vicarious copyright infringement*” (violação ao Copyright por substituição).⁹⁸

Na Europa, a abordagem dos tribunais sobre um programa semelhante ao Napster e Grokster teve uma conclusão diferente. É o que se verificou no julgamento do caso *Buma/Stemra v. Kazaa*, julgado em 2002 pelo Tribunal de Recurso de Amesterdão.⁹⁹

O Kazaa também estava estruturado em um sistema *peer to peer* e sua utilização encontrou popularidade com a partilha de ficheiros de música. Tal como o Grokster, o Kazaa não tinha controle sobre os ficheiros partilhados, ou seja, não indentificava se em sua rede circulavam ou não ficheiros que violavam os direitos do autor das obras musicais.

O Tribunal de Recurso de Amesterdão questionou a possibilidade de se imputar ao Kazaa a responsabilidade por ações ilícitas de seus utilizadores, uma vez que disponibilizar um meio para reprodução não equivaleria a efetuar a própria reprodução. Deste modo, considerou-se lícita a distribuição do programa pelo Kazaa.¹⁰⁰

⁹⁷ Vide nota 96.

⁹⁸ VIEIRA, 2009, p. 434.

⁹⁹ THE NETHERLANDS. *Buma/Stemra v. Kazaa*. Amsterdam Court of Appeal (2002) Disponível em: < https://w2.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html >. Acesso em: 4 jun. 2016.

¹⁰⁰ VIEIRA, 2009, p. 436.

O entendimento manteve-se em outro precedente julgado em 2010 também na Holanda: *FTD v. Eyeworks*.¹⁰¹ A Eyeworks era produtora e detentora dos Direitos de Autor relativos ao filme holandês intitulado "*Komt een Vrouw bij de Dokter*" ("Uma mulher vai ao médico"). DVDs e blu-rays deste filme foram entregues às lojas em abril de 2010. Em seguida, verificou-se que cópias não autorizadas do filme foram enviadas para a *Usenet* (uma rede que permite a disponibilização de um conteúdo para um grupo de utilizadores).

A FTD fornecia um mecanismo através do qual os utilizadores podiam trocar informações sobre onde encontrar filmes e outros arquivos de entretenimento disponíveis no *Usenet*. Sites onde o filme "*Komt een Vrouw bij de Dokter*" poderia ser encontrado para download foram divulgados pela FTD.

O Tribunal de Segunda Instância de Haia entendeu que o *download* de obras protegidas por Direitos de Autor, mesmo que de fontes ilícitas, incluía-se na exceção de cópia privada da lei holandesa. Sendo assim, a FTD não poderia ter responsabilidade pela atuação de seus utilizadores que, por sua vez, não desempenhavam igualmente um comportamento ilícito, já que descarregavam o filme para sua utilização privada. O prejuízo causado pelos *downloads* deveria ser aferido no âmbito da compensação equitativa pela cópia privada.¹⁰² Aqui, uma conclusão relevante ao nosso estudo: por trás da polémica do *download* não autorizado de obras protegidas está, justamente, a utilização privada das obras.

O que é relevante termos em mente por ora são as diferentes abordagens feitas por cada sistema jurídico: no âmbito dos precedentes norte-americanos, a análise no âmbito do *fair use* tinha como critério relevante a existência de um efetivo prejuízo aos titulares dos direitos de autor e nomeadamente à indústria musical e de audiovisual. O referido prejuízo era evidente e dificultou o reconhecimento do *fair use* naqueles casos.¹⁰³ Nos precedentes europeus, a abordagem estava na ação do utilizador e na necessidade de apurar se a reprodução do ficheiro (mesmo que de fonte ilícita) representava ou não um ato de uso privado.

Tínhamos então perspectivas diferentes de entendimentos para casos análogos consoante fossem analisados no âmbito do *Copyright/Fair Use* ou pelo Sistema

¹⁰¹THE NETHERLANDS. < *FTD v. Eyeworks*, Gerechtshof's-Gravenhage (2010). Disponível em: < <http://ipkitten.blogspot.pt/p/ftd-v-eyeworks.html> >. Acesso em 04 jun. 2016.

¹⁰²RENDAS, 2015, p. 34.

¹⁰³ASCENSÃO, José de Oliveira. "Propriedade Intelectual e Internet". In: *II Ciberética*, Florianópolis, 2003. Disponível em: < <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf> >. Acesso em: 7 jun. 2016.

Continental/Regra dos Três Passos. A diferença persistiu até 2014, quando um acórdão do TJUE alterou a abordagem do tema na UE: o Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie*, C-435/12 (TJUE)¹⁰⁴. Também decorrente de um precedente holandês. Veremos mais detalhes sobre este julgamento no Capítulo 3. Para já, cumpre apontar que a decisão conclui que uma legislação nacional que não faz distinção de cópias privadas efetuadas de fontes lícitas daquelas realizadas a partir de fontes contrafeitas e pirateadas não pode ser admitida.¹⁰⁵

Apesar de interpretações distintas – a norte-americana, pela ausência de *fair use* e a europeia, pela admissibilidade da cópia para uso privado enquanto limite aos direitos de autor – ambas concluíram ser inadmissível que a obra objeto do *download* venha de uma fonte ilícita.¹⁰⁶

As conclusões semelhantes talvez reflitam uma maior sensibilidade dos julgadores à necessidade de encontrar soluções harmónicas. Apesar dos debates jurídicos estarem circunscritos à territorialidade dos países em que os prestadores dos serviços de *download* estavam localizados, o aspecto extraterritorial da utilização digital da cópia ilícita era (e ainda é) um problema comum. Essa aproximação dos sistemas é um dos indicativos de que a tecnologia digital está a demandar do Direito de Autor soluções com resultados cada vez mais equivalentes. E o limite da cópia privada parece ser um exemplo que permeia alguns exemplos desse novo paradigma.

A cópia privada serve-nos à essa análise sob dois prismas. Em um deles, vimos uma maior aproximação do Copyright ao sistema continental, que está no reconhecimento da utilização privada enquanto *fair use*. Uma maior tolerância à utilização privada foi sinalizada, conforme vimos, no precedente *Sony v. Universal* (1984) e continua em debate, como nos mostrou o caso *Fox v. Dish* (2015).

¹⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie* C-435/12 (TJUE). Data da publicação: 10 de abril de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150786&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=903430>. Acesso em 5 jun 2016.

¹⁰⁵ “O direito da União, em especial o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, em conjugação com o n.º 5 do referido artigo, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado”. (Declaração n.º 1. In Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie*, C-435/12 (TJUE).

¹⁰⁶ RENDAS, 2015, p. 34.

Em um segundo prisma, detetamos a aproximação do Sistema Continental, ao resultado que antes já era detetado pelo *fair use*. Era a cópia privada o fundamento para justificar, no Sistema Continental, um dos maiores problemas enfrentados pelos titulares de direitos das obras musicais e audiovisuais (o *download* não autorizado de obras protegidas). Hoje, após o julgamento do caso *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie C-435/12* pelo TJUE, a questão encontrou solução equivalente aos casos apreciados no âmbito do *Copyright*.

De tudo o que apresentamos neste primeiro capítulo, a ideia central que gostaríamos de delinear é a de que: i) o Direito de Autor encontra limites, ponto assumido no Sistema Continental e do *Copyright*, ii) a cópia privada é um desses limites, independentemente da abordagem que receba em cada sistema jurídico, iii) a tecnologia digital tem colocado questões que parecem estar a viabilizar uma aproximação dos sistemas de limites do Sistema Continental e do *Copyright*, iv) a cópia privada tem-se apresentado como um importante exemplo da aproximação desses sistemas.

Apresentado o contexto que permite-nos localizar onde a cópia privada está inserida nos sistemas jurídicos de Direito de Autor, cumpre-nos agora apresentar mais algumas noções históricas, agora especificamente sobre como a cópia privada vem sendo abordada em diferentes ordenamentos jurídicos e como se estrutura uma condição de sua previsão: a compensação equitativa.

O limite da cópia privada está, no âmbito da Diretiva da Sociedade da Informação, condicionado ao estabelecimento de uma quantia sobre o preço de venda de aparelhos e suportes que permitam a fixação e reprodução de obras intelectuais. Isto, como compensação equitativa à potencial cópia para uso privado. Ante o pressuposto de que os autores “perdem” direitos patrimoniais quando são realizadas cópias privadas, estabelece-se o dever aos fabricantes ou importadores dos equipamentos que permitem a cópia de pagarem uma taxa pelo potencial dos aparelhos em efetuarem cópias privadas. Os valores arrecadados são encaminhados para entidades de gestão coletiva encarregadas da distribuição às associações dos titulares de direitos sobre as obras protegidas.

Faremos a análise desse sistema com a apresentação de exemplos de ordenamentos jurídicos estrangeiros, de modo a perceber como passaram a organizar-se em torno do limite da cópia privada e a gerir a cobrança da compensação equitativa. Conforme veremos, o enfrentamento de problemas sobre a melhor maneira de instituir um sistema justo apresenta-se como uma constante em todos os ordenamentos jurídicos que iremos apresentar.

- CAPÍTULO 2 -

**A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO ESTRANGEIRO: OS SISTEMAS DE
COMPENSAÇÃO EQUITATIVA**

CAPÍTULO 2. A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO ESTRANGEIRO: OS SISTEMAS DE COMPENSAÇÃO EQUITATIVA

Pretendemos perceber como individualmente alguns ordenamentos jurídicos internalizaram o limite da cópia privada, objeto do nosso estudo. A análise parece-nos salutar para compreender de maneira pormenorizada algumas dificuldades práticas do instituto – especialmente em torno da compensação equitativa - e será útil para melhor contextualizar as questões controversas que permeiam o tema.

Cumpramos apontar que, por uma questão de método e espaço, não tencionamos aqui um verdadeiro estudo de direito comparado. Este dependeria de uma análise criteriosa e comparativa das ordens jurídicas estrangeiras com o ordenamento jurídico português.¹⁰⁷ Como pontua DÁRIO MOURA VICENTE, a análise de direito comparado exige três operações intelectuais distintas: delimitar o objeto de comparação a realizar, identificar os termos a comparar e ao final, tecer uma análise comparativa das semelhanças e diferenças em causa.¹⁰⁸ Não é o que pretendemos. Nossa análise limitar-se-á à apresentação de perspectivas históricas e contemporâneas de como o sistema de compensação equitativa para a cópia privada foi instituído em alguns países. Entendemos que a apresentação dessa perspectiva é benéfica ao nosso estudo, pois permitirá a identificação de um contexto problemático sobre o tema.

A compensação equitativa não foi um instituto que ganhou relevância somente após a Diretiva da Sociedade da Informação. Pelo contrário. A necessidade de se estabelecer uma compensação equitativa da cópia para uso privado começou a ganhar relevo em um contexto analógico (a partir da década de 1950). As fotocopiadoras e os dispositivos virgens de armazenamento (fitas de vídeo, fitas cassete e em seguida os CD/DVD) passaram a permitir que os utilizadores executassem suas próprias cópias. O despontar da tecnologia digital ao final dos anos de 1990 redimensionou o problema. A cópia digital, mais célere e barata, permitiu uma nova escala de reproduções.

Iniciaremos nosso estudo com a apresentação dos sistemas da Alemanha (primeiro país a organizar um sistema de recolha para a compensação equitativa da cópia privada), França (que também tem um sistema tradicional e constitui hoje, depois da Alemanha, a

¹⁰⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira. CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2016. p.14.

¹⁰⁸ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Vol. I. 3ªEd. Coimbra: Almedina, 2015. p.38-39.

maior arrecadação); Espanha (que contém um sistema peculiar de recolha da compensação equitativa pelo Orçamento Geral do Estado recentemente declarado pelo TJUE como incompatível com a Diretiva da Sociedade da Informação); o Reino Unido (onde a lei que instituiu a cópia privada sem o requisito da compensação equitativa ficou em vigor por poucos meses no início de 2015, sendo revogada pouco depois sob a justificativa de que não existiam estudos consistentes a evidenciar prejuízos aos autores pela realização de cópias para uso privado) e, por fim, a discussão sobre a matéria no Brasil (país da formação jurídica desta mestrandia), em que se discute a reforma da Lei de Direitos Autorais e cujo projeto para a nova lei não contempla um sistema de compensação equitativa para a cópia para uso privado.

São cinco ordenamentos jurídicos distintos com abordagens próprias, diferenças e alguns pontos comuns na abordagem do limite da cópia privada. Vejamos pormenorizadamente cada um deles.

2.1 ALEMANHA: O PRIMEIRO SISTEMA

Foi a Alemanha o primeiro país a instituir um sistema para a cópia privada, com a Lei de 1965 (*Urheberrechtsgesetz*, §§ 53 e 54).¹⁰⁹

A origem do sistema decorre de um julgamento ocorrido em 1954, que envolveu a Associação dos Detentores de Direitos sobre Obras Musicais, a *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* (GEMA) e a *Grunding Corporation*, fabricante de gravadores de cassete para uso doméstico.¹¹⁰ A GEMA sustentou que, apesar de a *Grunding Corporation* não realizar cópias de obras musicais, ela usurpava os direitos dos autores dessas obras ao disponibilizar um equipamento que permitia a realização de cópias sem alertar aos consumidores de que a cópia de obras protegidas por Direitos de Autor dependia de expressa autorização do titular do direito. A *Grunding Corporation* contestou alegando que a utilização dos equipamentos estaria abrangida pelo limite da cópia privada, já previsto pelo Código de Direito de Autor daquela época. A justificativa era de que o Direito

¹⁰⁹ VIEIRA, 2009, p. 437. Íntegra dos Artigos disponíveis em: < http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html#p0297 >. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹¹⁰ KARAPAPA, Stavroula. *Private Copying*. Routledge: Nova York, 2012. p. 19.

de Autor jamais poderia se sobrepor aos interesses individuais do utilizador de desfrutar da obra em sua esfera privada.

O *Bundesgerichtshof* (BGH - Suprema Corte da Alemanha) reconheceu o limite da utilização privada, mas apontou que o avanço da tecnologia (já naquela época) viria a trazer novos contornos para a forma de utilização das obras e que isso poderia privar os autores de receber a devida remuneração. A decisão reconheceu que cópias para uso privado feitas naqueles equipamentos distribuídos pela *Grundig Corporation* não estariam enquadradas no limite da cópia privada e determinou que os equipamentos fossem obrigatoriamente comercializados com um aviso redigido pela GEMA sobre o seu potencial de violação de Direitos de Autor.

Na sequência desta decisão, fabricantes de equipamentos de gravação e reprodução passaram a firmar com a GEMA acordos para incluir o aviso em seus produtos. À época, o objetivo da GEMA era a criação de uma taxa a ser paga pelos utilizadores que viessem a comprar os equipamentos, de modo a evitar a responsabilidade individual dos mesmos por possíveis violações de Direitos de Autor. A GEMA optou por processar diversos distribuidores de equipamentos de gravação de modo a obrigá-los a recolher a identificação dos adquirentes dos equipamentos e reportarem esses dados à GEMA a fim de que esta pudesse celebrar com cada consumidor acordo de licenças. A pretensão foi reconhecida pelo BGH como ofensiva a inviolabilidade do domicílio e vida privada, garantias constitucionais do Direito Alemão. Em alternativa, a decisão pontuou que seria mais acertado se a GEMA realizasse acordos com os próprios fabricantes, mediante o pagamento de uma taxa pela comercialização desses equipamentos. Foi então, sob a influência desta decisão, que o sistema de compensação equitativa para a cópia privada começou a ser discutido em uma perspectiva legislativa e, em 1965, passou a estar expressamente previsto no Código de Direito de Autor da Alemanha.

Inicialmente destinado aos aparelhos de gravação e reprodução de obras musicais e audiovisuais o sistema para a cópia privada na Alemanha passou, a partir de 1985, a incluir os suportes virgens e, em 2003, a cópia digital.¹¹¹

A regra prevista pelo §53 do Código de Direito de Autor da Alemanha determina ser livre a utilização de obras intelectuais para fins privados e sem fins comerciais. O legislador alemão não pretendeu controlar o uso privado da obra - o que significaria uma intromissão

¹¹¹ VIEIRA, 2009, p. 437.

inadequada na esfera privada do utilizador - mas apenas garantir ao autor o exclusivo de exploração econômica da obra.¹¹² A utilização privada é livre na Alemanha, o “*âmbito privado abarca uma utilização direta pelo adquirente do suporte que incorpora a obra, ou por pessoas ligadas a ele por um vínculo pessoal, i.e., sua família ou círculo de amigos*”.¹¹³

Não há restrição ao número de cópias ou ao tipo de suporte. São duas as principais exceções à regra a liberdade de reprodução para fins privados: cópia de partituras¹¹⁴ e cópia integral de livros. Há também a previsão de alguns limites, a depender do tipo de obra que é objeto de cópia. São exemplos de utilizações no direito alemão não incluídas pelo limite da cópia para uso privado: a gravação de palestras públicas, produções ou performances de uma obra, por instrumentos que permitam sua reprodução em vídeo ou áudio; e a realização de planos e projetos de obras artísticas e a reconstrução de obras arquitetônicas. Mesmo que para uso estritamente pessoal, só serão permitidas com o consentimento do titular do direito.¹¹⁵

O §54 traz ainda o dever de pagamento de uma compensação equitativa aos produtores, comerciantes e importadores de aparelhos de reproduções e de suportes de armazenamento de conteúdo intelectual protegido. O dever de pagamento é partilhado entre aquele que produz e comercializa aparelhos que permitem a reprodução de obras intelectuais.¹¹⁶

Desde 1963, a fundação do Escritório Central para a Cópia Privada (*Zentralstelle für private Überspielungsrechte – ZPÜ*), com sede em Munique, tem forte atuação na gestão da recolha e distribuição da compensação equitativa pela cópia privada. Ele representa nove associações de gestão coletiva de Direitos de Autor.¹¹⁷ O *ZPÜ* é apenas responsável pela coleta das remunerações cópia privada para os titulares dos direitos de obras musicais e

¹¹² WÜRTENBERGER, Gert; GRAU-KUNTZ, Karin. “Notas sobre os sistemas de direito de autor brasileiro e alemão, tendo em consideração a perspectiva de reforma das legislações vigentes e a procura do equilíbrio de interesses”. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 233-261. p. 243.

¹¹³ WÜRTENBERGER, Gert; GRAU-KUNTZ, Karin, 2011, p.243.

¹¹⁴ A exclusão da partitura do âmbito do limite da cópia privada está consagrada na Diretiva da Sociedade da Informação e também da lei portuguesa. Curioso é que pouca reflexão se faz sobre o tema na doutrina. A opção pela exclusão das partituras faz sentido se pensarmos que ela é a representação da própria composição/obra musical. Copiar a partitura parece equivaler a usurpar a propriedade intelectual do autor da obra musical e, por isso, a opção por vedar a sua reprodução sem autorização do autor, mesmo que para uso privado.

¹¹⁵ O *Urheberrechtsgesetz* pode ser consultado, em inglês, no site do Ministério da Justiça da Alemanha: < http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/index.html >. Acesso em 7 jul. 2016.

¹¹⁶ WÜRTENBERGER; GRAU-KUNTZ, 2011, p. 252.

¹¹⁷ Cfr. ZENTRALSTELLE FÜR PRIVATE ÜBERSPIELUNGSRECHTE (ZPU). “Verwertungsgesellschaften und Verbände erzielen Einigung über Vergütungen für Tablets und Mobiltelefone” (“Associações Coletivas chegam a acordo sobre uma compensação para tablets e telemóveis”). In: *Aktuelles*, dez. 2015. Disponível em: < <https://www.zpue.de/aktuelles.html> >. Acesso em 16 Jan 2016.

audiovisuais (a *GEMA* é uma das associações beneficiárias da reprodução). As cópias reprográficas são geridas por outras entidades, a *VG Wort* e a *VG Bildkunst*.¹¹⁸

O valor da compensação equitativa para a cópia privada tem uma peculiaridade interessante no sistema da Alemanha: é feito com base em acordos com os fabricantes e importadores de equipamentos de reprodução. Na impossibilidade de um acordo, avança-se para estudos empíricos, que levam em conta os tipos de suportes com maior volume de vendas e seu maior ou menor potencial de utilização para fins privados, a fim de tentar estabelecer um valor para a compensação equitativa que esteja efetivamente ligado à finalidade privada da utilização e ao potencial de prejuízo aos titulares dos direitos.

A Alemanha é, portanto, o país com maior tradição e arrecadação da compensação equitativa para a cópia privada. De acordo com o *International Survey on Private Copying*, relatório da OMPI publicado em 2015, até 2014 o país tinha a maior arrecadação *per capita*. A justificativa para tanto parece estar na antiguidade com que o tema está na pauta dos tribunais e do legislador alemão, refletindo-se em um mercado que parece estar habituado com o sistema.

Cumpram-se apontar que a maturidade do sistema não implica na ausência de questões sobre os seus fundamentos. Isso é detectável pelas consecutivas dificuldades de acordos com os fabricantes sobre o valor ideal da compensação equitativa. Geralmente, a dificuldade de acordo é verificada – apesar dos estudos empíricos – e a discussão avança para os tribunais para que a determinação da taxa seja determinada judicialmente.¹¹⁹ Foi o que aconteceu em relação as taxas de compensação para *tablets* e telemóveis. Em dezembro de 2015, depois de imenso debate judicial, foram acordadas entre o *ZPÜ*, fabricantes e distribuidores de equipamentos e associações dos titulares de direitos, o valor da compensação para *tablets* (retroativas desde 2012) e telemóveis (desde 2008).¹²⁰

¹¹⁸ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). *International Survey on Private Copying: Law & Practice 2015*. Geneva: De Thuiskopie, 2016. p. 84-85. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1037_2016.pdf >. Acesso em: 03 mai. 2016.

¹¹⁹ WIPO, 2016, p. 85.

¹²⁰ ZPÜ, 2015.

2.2 FRANÇA: A SEGUNDA MAIOR ARRECADAÇÃO

Desde 1976, já estava prevista na lei francesa uma compensação equitativa específica sobre equipamentos de reprografia e impressão devido pelos fabricantes os importadores. A remuneração pela Cópia Privada veio definitivamente instituída em 1985, com a lei que visava regulamentar os direitos de autor/conexos dos produtores de fonogramas e videogramas de empresas de comunicação audiovisual.¹²¹ Trata-se da Lei n.º. 85-660, de 3 de julho de 1985, relativa aos direitos do autor e aos direitos dos artistas-intérpretes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e das empresas de comunicação audiovisual.¹²²

O *Code de la propriété intellectuelle* de 1992, em seu Art. L 122-5, 2º, autoriza a cópia para uso privado do copista desde que não destinado ao uso coletivo. A jurisprudência francesa veio a definir a noção de uso privado como uso pessoal e não comercial: cópias feitas por pessoas físicas sob a condição de utilização estritamente particular.¹²³

A transposição da Diretiva da Sociedade da Informação veio em 2006 com a *LOI n.º 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins de la société de l'information*. Nessa legislação a cópia privada foi definida com maior detalhe: estaria condicionada à Regra dos Três Passos (Art. L122-5, 9º, al.4).

Mais uma medida foi acrescentada, pouco depois, pela *LOI n.º 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*: a possibilidade de os distribuidores de serviços de radiodifusão instituírem medidas técnicas para restringir o número de cópias feitas pelos utilizadores dos serviços no âmbito da realização da cópia privada (Art. L 331-9).¹²⁴

¹²¹ SOCIETE DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES. *De 1777 à nos jours: De Beaumarchais à l'ère numérique, plus de deux siècles d'expérience de gestion des droits d'auteur* In: <http://www.sacd.fr/De-1777-a-nos-jours.32.0.html>. Acesso em 10. Fev 2016.

¹²² FRANCE. *Loi n.º 85-660 du 3 juillet 1985, relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuell*. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693451> >. Acesso em: 10 fev. 2016.

¹²³ “L'expression couramment employée de "copie privée" vise, au sens de la loi (art. L 122-5 2º du CPI) « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (voir également l'art. L 211-3 2º du CPI en ce qui concerne les droits voisins). La jurisprudence définit la notion d'usage privé comme un usage non commercial et personnel, ce qui exclut l'utilisation collective de la copie (en entreprise par exemple).” COPIE FRANCE. *La copie privée, c'est quoi ?* s.d. Disponível em: < <http://www.copiefrance.fr/fr/la-copie-privée> >. Acesso em 10. Fev 2016.

¹²⁴ “Ce principe a été réaffirmé lors de la transposition en droit français (loi n.º 2006-961 du 1er août 2006) de la directive européenne de 2001 relative au droit d'auteur à l'ère numérique (1). A cette occasion, des précisions

No ano de 2011, a *LOI n.º 2011-1898 du 20 décembre 2011*, veio a tratar da remuneração equitativa da cópia privada. Esclareceu-se legislativamente que apenas as cópias realizadas de uma fonte lícita conferem o direito à recepção da remuneração equitativa.¹²⁵

A *Copie France - La Société pour la perception de la rémunération de la copie privée audiovisuelle et sonore*, entidade que gere a recolha e distribuição das compensações equitativas, partilha o valor arrecadado da seguinte maneira: 75% dos montantes são encaminhados às entidades de gestão coletiva, autores, editores e produtores. Os 25% restantes são utilizados para o financiamento de eventos culturais.¹²⁶

Na sequência da Alemanha, a França é o segundo maior país em termos de arrecadação para a compensação equitativa para a cópia privada. A informação também é do *International Survey on Private Copying*, relatório da OMPI publicado em 2015.¹²⁷

O *Code de la propriété intellectuelle* (Art. L311-5) prevê também uma comissão independente para avaliação das práticas relativas à cópia privada com o objetivo de determinar os tipos de mídia, as taxas de remuneração e as modalidades de pagamento. A Comissão era constituída por doze representantes dos titulares de direitos de autor, seis da indústria de dispositivos para cópia (fabricantes e importadores) e seis consumidores. Entretanto, atualmente este dispositivo carece de efetividade.

Em 2012 os representantes da indústria deixaram a comissão, sob a justificativa de que, em minoria, teriam pouca influência nas decisões. Em 2015, o Governo Francês assinalou para a necessidade de reconstituir a comissão e ampliou a participação para três representantes do Ministério da Cultura, indústria e consumo, com o objetivo de tentar trazer

ont été apportées quant à l'application de l'exception pour copie privée, notamment:- comme toutes les exceptions prévues par l'article L 122-5 du CPI, elle est subordonnée au respect de deux conditions issues du concept international du "triple test" (2), à savoir ne pas "porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre", "ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur" (art. L 122-5 9º al.4 et L 331-9 du CPI). - par ailleurs, les titulaires de droit ont la possibilité de mettre en place des mesures techniques permettant la limitation du nombre de copies (art. L 331-9 du CPI), sans qu'aucun nombre minimal de copies ne soit précisé. Ils doivent prendre "cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L. 331-8 du CPI de leur exercice effectif", dont l'exception pour copie privée". COPIE FRANCE. *La copie privée, c'est quoi ?* s.d.

¹²⁵ A alteração legislativa veio três anos depois de uma decisão do Conseil d'Etat de 11 de Julho de 2008, que já havia decidido que a remuneração equitativa pela cópia privada era apenas devida para cópias realizadas de fontes lícitas: "Le Conseil d'Etat annule la possibilité de rémunérer les copies illicites au titre de la copie privée". FRANCE. Conseil d'Etat. Section du contentieux, 10ème et 9ème sous-sections réunies. Séance du 26 mai 2008 Lecture du 11 juillet 2008, N°298779, Syndicat de Industrie de Matériels Audiovisuels Electroniques. Disponível em: < <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Le-Conseil-d-Etat-annule-la-possibilite-de-remunerer-les-copies-illicites-au-titre-de-la-copie-privee>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

¹²⁶ COPIE FRANCE, s.d.

¹²⁷ WIPO, 2016, p. 18.

maior neutralidade aos debates.¹²⁸ Um indicativo de que os temas relativos à compensação equitativa pela cópia privada em França terão ainda novos debates.

2.3 ESPANHA: NOVAS INCERTEZAS

A compensação equitativa pela cópia privada foi inserida ao ordenamento jurídico espanhol pela Lei 22/1987 de 11 de novembro, a *Ley de Propiedad Intelectual*. Após sucessivas alterações, a Lei foi revogada em 1996, com a entrada em vigor do Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril também já alterado inúmeras vezes, sendo a última reforma a feita pela Lei nº. 21/2014 de 4 de novembro.¹²⁹

A reforma de 2014 veio justificada pela necessidade de apresentar soluções a problemas que não poderiam esperar pela aprovação de uma nova Lei da Propriedade Intelectual. Nomeadamente, a revisão do sistema de cópia privada, os mecanismos de supervisão das entidades de gestão coletiva e o fortalecimento das medidas de reação às violações de direitos de propriedade intelectual ocorridas em âmbito digital.¹³⁰

A cópia privada no sistema de Direito de Autor Espanhol, portanto, é aquela realizada por uma pessoa física, para uso particular, não destinada a fim lucrativo ou coletivo e cujo acesso tenha sido realizado de forma lícita.¹³¹

¹²⁸ REES, Marc. "La Commission Copie Privée, le retour". In: *Next Impact*. 2015. Disponível em: < <http://www.nextinpact.com/news/96793-la-commission-copie-privée-retour.htm> >. Acesso em: 10 fev. 2016. Ademais, cfr. FRANCE. *Amendement n.º AC351 de l'article L 311-5 du Code de La Propriété Intellectuelle*. 12 set. 2015. Disponível em: < <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2954/CION-CEDU/AC351.asp> >. Acesso em: 10 fev. 2016.

¹²⁹ ESPAÑA. Agência Estatal. *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. Texto Consolidado. Disponível em: < <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> >. Acesso em: 25 jan. 2016.

¹³⁰ "Existen problemas cuya solución no puede esperar a la aprobación de una nueva Ley integral de Propiedad Intelectual y que requieren la adopción, en el corto plazo, de decisiones dirigidas a reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual. Concretamente, las medidas que recoge la presente ley se agrupan en tres bloques: la profunda revisión del sistema de copia privada, el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital". Cfr. ESPAÑA. "Disposiciones Generales". In: *Boletín Oficial del Estado de 5 de noviembre de 2014*. p. 1. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/11/05/pdfs/BOE-A-2014-11404.pdf> Acesso em 25 jan. 2016.

¹³¹ ESPAÑA. Agência Estatal. *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. Texto Consolidado. Disponível em: < <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> >. Acesso em: 25 jan. 2016.

A última alteração legislativa, feita pela Lei 21/2014 de 4 de novembro, não altera o sistema de compensação equitativa, mas o limita às cópias realizadas de fontes lícitas por um suporte comercializado e adquirido através de “compra e venda mercantil”.¹³² Neste ponto, um problema: para a lei espanhola, compra e venda mercantil é a compra realizada com objetivo de lucro e revenda.

Ora, sendo a cópia privada apenas possível quando não haja interesse comercial por parte do utilizador do suporte que permite a cópia, qual o sentido da exigência de uma aquisição feita por compra e venda mercantil?¹³³ Para RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, a menção está efetivamente mal colocada e faz presumir que se queira excluir a compra e venda de particular a particular ou que se queira ainda a distribuição comercial de empresário a consumidor (compra e venda civil). Para o i. Prof. há que se realizar uma interpretação corretiva, mediante a qual se entenda como compra e venda mercantil, a compra e venda feita em um estabelecimento comercial ou empresa, sempre que suporte entregue seja tangível.¹³⁴

O ponto controverso do sistema espanhol de cópia para uso privado, encontra destaque, entretanto, no sistema de compensação equitativa, o “*canon por copia privada*”. Previsto desde o Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, a compensação era inicialmente financiada com uma taxa cobrada sobre equipamentos e suportes que permitiam a realização de cópias de obras protegidas pelo Direito de Autor.

No entanto, em 2011, a taxa foi suprimida e substituída por um sistema que é, desde então, objeto de críticas. O Real Decreto 20/2011, de 30 de dezembro, relativo a medidas urgentes em matéria orçamental, tributária e financeira para a correção do défice público (“*Real Decretoley 20/2011 de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del- déficit público*”). Determinou-se que a compensação fosse financiada diretamente pelo Orçamento Geral do Estado, cujas modalidades de cálculo e de

¹³² ESPAÑA. Agência Estatal. *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. Texto Consolidado. Disponível em: < <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> >. Acesso em: 25 jan. 2016.

¹³³ LÓPEZ, Eugenio Gil. “Quien hará una copia privada? La nueva regulacion de la copia privada y el canon digital”. In: UNIR Derecho, 22 Enero 2015. Disponível em: < <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/quien-hara-una-copia-privada-la-nueva-regulacion-de-la-copia-privada-y-el-canon-digital/549201453365/> >. Acesso em 25 jan. 2016.

¹³⁴ BERCOVITZ, Rodrigo; CANO, Rodríguez. “La excepción de copia privada en España después de la Ley 21/2014 de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual (Boletín Oficial de 5 de noviembre de 2014)”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 552.

pagamento aos titulares dos direitos seriam definidas por um decreto de execução. A compensação equitativa pela cópia privada passou então a ser paga por todos os cidadãos espanhóis, independentemente de terem ou não adquirido um suporte que permitisse a cópia privada.¹³⁵

A medida foi criticada por parte das entidades de gestão coletiva beneficiadas com a compensação. Isso porque o regulamento reduziu o âmbito da aplicação da compensação equitativa: deixaram de ser levados em conta para sua quantificação as reproduções realizadas por aparelhos e suportes destinados a usos distintos da cópia privada. Trata-se de um reflexo que veio na sequência do acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), julgado pelo TJUE em 21 de outubro de 2010 (cujos contornos veremos no Capítulo 3) e que determinou que a compensação equitativa deve ser calculada apenas sobre os suportes que sejam efetivamente destinados a realização de cópias privadas e não, por exemplo, sobre aqueles que sejam utilizados para fins comerciais e profissionais. Ocorre que a forma concreta de cálculo permaneceu em absoluta indefinição. A retirada do valor do Orçamento Geral do Estado, para além de diminuir substancialmente a arrecadação das entidades de gestão coletiva, também não era clara quanto aos critérios de cálculo e distribuição da compensação equitativa.¹³⁶

O exemplo principal do descontentamento das entidades de gestão coletiva, veio com a interposição de um recurso para anulação do Real Decreto 1657/2012, apresentado pela *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales* (EGEDA), a *Derechos de Autor de Medios Audiovisuales* (DAMA) e a *Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos* (VEGAP).

As entidades alegaram que o novo regime permanecia incompatível com o Art. 5º, n.º 2, alínea b da Diretiva da Sociedade da Informação, essencialmente: i) porque exigia a compensação equitativa de forma indiscriminada (e não sobre os adquirente de suportes que permitissem a realização da cópia privada); e ii) de que a maneira de distribuição entre os beneficiários não garantia o caráter equitativo, vez que o valor da dotação anual era determinado de maneira prévia e não após a análise dos prejuízos potencialmente suportados pelos titulares de direito.

¹³⁵ LÓPES, 2015.

¹³⁶ BERCOVITZ; CANO, 2015, p. 546-547.

O Tribunal Supremo da Espanha decidiu suspender a instância e submeter as duas questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Em 19 de Janeiro de 2016, foram publicadas as conclusões do Advogado Geral que, em síntese, não se opôs à possibilidade de que a compensação equitativa fosse financiada pelo Orçamento de Estado, mas assinalou que é preciso que o montante a ser recolhido seja fixado com base no prejuízo causado aos titulares de direitos.¹³⁷

No entanto, a decisão do TJUE (Processo C-470/14) foi divergente. O acórdão, proferido no dia 6 de junho de 2016, concluiu que o sistema de financiamento da compensação equitativa pelo Orçamento Geral do Estado não é suscetível de garantir que o custo dessa compensação é suportado unicamente pelos utilizadores das cópias privadas.

A decisão consigna que o Art. 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva da Sociedade da Informação deve ser interpretado no sentido de que se opõe a um sistema de compensação equitativa por cópia privada que é financiado pelo Orçamento Geral do Estado, sem que seja possível garantir que o custo dessa compensação equitativa é suportado pelos utilizadores de cópias privadas.¹³⁸

A decisão do TJUE aponta, portanto, pela inadequação do sistema de compensação equitativa em Espanha, pelo que o sistema de gestão e distribuição do “*canon por copia privada*” deverá ser em breve reavaliado. Temos aqui mais um exemplo que reforça a dificuldade de se estabelecer um sistema justo de recolha e distribuição da compensação equitativa pela cópia privada.

2.4 REINO UNIDO: A BREVE PREVISÃO

No Reino Unido, após o *Statute of Anne* de 1710, a legislação de direitos de autor foi desenvolvendo-se de forma fragmentada. O *Copyright Act* de 1911 foi aprovado com o

¹³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-470/14. Conclusões do Advogado Geral Maciej Szpunar, apresentadas em 19 de janeiro de 2016. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5bbdbf9884877484f90459acc2a9cc8b1.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchiLe0?text=&docid=173583&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=103804> >. Acesso em: 25 jan. 2016.

¹³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Egeda v. Administração do Estado* (C-470/14). Data de Publicação: 09.06.2016. N.º 36. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0470&from=PT> >. Acesso em: 20 jun. 2016.

propósito de unificar a legislação até então esparsa. Hoje, a lei em vigor é o *Copyright Designs and Patents Act* de 1988, já alterada diversas vezes.

Dentre as principais alterações destacadas pelo *Intellectual Property Office* do Reino Unido, estão: leis relativas à radiodifusão (1990 e 1996), infrações e medidas de execução (2002), depósito legal (2003), reforma regulamentar (2013).¹³⁹ Em 2003, com a transposição da Diretiva da Sociedade da Informação, realizada pelo *The Copyright and Related Rights Regulations 2003 (S.I 2003/2498)*, foi introduzido o Art. 28A do *Copyright Act* de 1988, que tratou da possibilidade de se fazer “cópias temporárias” (*making of temporary copies*).¹⁴⁰

Em Outubro de 2014, três novas exceções foram introduzidas relativas a: cópia privada, citações e paródias.¹⁴¹

A nova previsão permitia a realização de cópias pessoais de obras protegidas pelos direitos de autor, com exceção de programas de computador. A cópia estaria permitida para uso privado e não comercial, desde que o original tivesse sido adquirido legalmente e de forma permanente. Cópias realizadas com o propósito de efetuar uma cópia de segurança, alterar o formato da obra original (como, por exemplo, músicas de um CD-R para armazenamento em computador) ou simplesmente com o intuito de armazenamento (inclusive em ambientes digitais acessíveis pela internet, onde é possível incluir a *cloud*¹⁴²),

¹³⁹ “The most important legislation that has amended the Copyright, Designs and Patents Act 1988 is as follows: (i) Broadcasting Act 1990 - Part IX, (ii) Broadcasting Act 1996 - Part VII, (iii) The Copyright, etc. and Trade Marks (Offences and Enforcement) Act 2002, (iv) The Legal Deposit Libraries Act 2003, (v) The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013”. Cfr. UNITED KINGDOM. Copyright Acts and Related Laws. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/publications/copyright-acts-and-related-laws> >. Acesso em: 04. fev. 2016.

¹⁴⁰ “28A Making of temporary copies: Copyright in a literary work, other than a computer program or a database, or in a dramatic, musical or artistic work, the typographical arrangement of a published edition, a sound recording or a film, is not infringed by the making of a temporary copy which is transient or incidental, which is an integral and essential part of a technological process and the sole purpose of which is to enable— (a) a transmission of the work in a network between third parties by an intermediary; or (b) a lawful use of the work; and which has no independent economic significance”. UNITED KINGDOM. “Section 28A: Making of temporary copies”. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/28A> >. Acesso em: 04. fev. 2016.

¹⁴¹ Os diplomas aprovados foram: (i) Statutory Instruments 2014 No. 2361 The Copyright and Rights in Performances (Personal Copies for Private Use) Regulations 2014, 1st October 2014, (ii) Statutory Instruments 2014 No. 2356 The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014, 1st October 2014. Cfr. UNITED KINGDOM. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/publications/copyright-acts-and-related-laws> >. Acesso em: 04. fev. 2016.

¹⁴² “Não existe uma definição legal de computação em nuvem, tendo a indústria vindo a estabelecer determinadas características que contribuem para sua caracterização. Refira-se, para este efeito, a definição estabelecida pelo National Institute of Standards and Technology (NIST) dos Estados Unidos da América: “Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction”(…) Veja-se também a definição da *Cloud Security Alliance*. Também a nível europeu, o Parecer n. 5.2012, do Grupo de Trabalho do Artigo 29 (um organismo consultivo europeu em matéria de proteção de dados e privacidade

passaram a ser legalmente admitidas. Isso, desde que estivessem acessíveis apenas pelo indivíduo proprietário do original.¹⁴³

Ocorre que a alteração da lei inglesa não previu um mecanismo de *fair compensation* ou compensação equitativa. Para alguns, essa seria uma condição imposta pela Diretiva da Sociedade da Informação (conforme veremos no Capítulo 3, parece também ser esse o entendimento do TJUE, apesar de posições divergentes da doutrina).¹⁴⁴

À época da aprovação da emenda ao *Copyright Act*, o Governo Inglês considerou que o valor de possíveis cópias a serem feitas pelo utilizador já estaria embutido no preço pago na aquisição da obra intelectual (*pricing in*). O entendimento foi, no entanto, questionado pela *British Academy of Songwriters, Composers and Authors*, pela *Musicians' Union* e pela *UK Music*.

As entidades requereram uma revisão judicial da emenda relativa à cópia privada. As associações em questão questionaram a conclusão relativa ao *pricing in*, sob a justificativa de que não estaria embasada em provas consistentes.¹⁴⁵

composto pelas Autoridades de Proteção de Dados dos Estados-Membros da União Europeia) sobre computação em nuvem, de 1 de julho de 2012, define o *Cloud Computing* como um “(...) conjunto de tecnologias e modelos de serviços centrados na utilização e fornecimento via Internet de aplicações informáticas, de capacidade de tratamento e armazenamento e de espaço de memória”. Por fim, e por ser mais recente, atente-se na definição do standard internacional (ISO) e pela International Electrotechnical Commission (“IEC”) em 15 de Outubro de 2014, o qual estabelece os termos e vocabulário sobre os serviços cloud, definindo o *Cloud Computing* da seguinte forma: “Paradigm for enabling network access to a scalable and elastic pool of shareable physical or virtual resources with self-service provisioning and administration on-demand. (...) Examples of resources include servers, operating systems, networks, software, applications, and storage equipment”. Cfr. RESINA, Fernando et al. *Cloud – A lei e a prática: guia e perguntas frequentes*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 17-18.

¹⁴³ A exceção relativa à cópia privada foi inserida do Art. 28B (*Personal copies for private use*), 296ZEA (*Remedy where restrictive measures prevent or restrict personal copying*); e ao Parágrafo 1B do Schedule 2 (*Personal copies of recording for private use*).

¹⁴⁴ “The Information Society Directive (2001/29/EC) (Article 5(2)(b)) permits Member States to implement this exception, on condition that rights holders receive “fair compensation”. In other EU countries, similar exceptions are supported by levies on copying equipment, but no equivalent system is proposed in the UK. Given that this fairly limited exception brings the law up to date with what consumers are doing already, the UK Government may have considered that this widely accepted practice is already priced into the purchase of copyright works”. Cfr. BERRY, Kathy. “UK – New Private Copying, quotation and parody copyright exceptions”. In: *Technology, Media & Telecommunications News*, n.º 68, p. 35-36, 2014. Disponível em: < <http://www.linklaters.com/Insights/Publication1403Newsletter/TMT-News-8-December-2014/Pages/UK%E2%80%93New-private-copying-quotation-parody-copyright-exceptions.aspx#sthash.AcqPCiRk.dpuf> >. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁵ “The British Academy of Songwriters, Composers and Authors, the Musicians’ Union, and UK Music (an umbrella group which represents the collective interests of the UK commercial music industry) sought judicial review of the Government’s decision to introduce private copying without a concomitant compensation scheme. They challenged the assumptions adopted by the Government, and also challenged the inferences and conclusions drawn from the evidence collected, and the procedure adopted in the public consultation. It was the challenge to the evidence collected by the Government in relation to ‘pricing-in’ which succeeded, with the Court finding that the decision adopted by the Government was “nowhere near to being justified by the evidence” that they had accepted and endorsed. The Government’s decision to introduce section 28B was

A *High Court* do Reino Unido, em julgamento concluído a 17 de Julho de 2015, anulou o limite da cópia privada. O julgamento concluiu que as provas invocadas pelo Governo do Reino Unido - de que a exceção causaria prejuízos mínimos aos autores - eram insuficientes e que, portanto, a alteração legislativa era ilegal.

O Governo do Reino Unido concordou com a decisão sob a justificativa de que é prudente evitar a manutenção de incerteza jurídica até que novos estudos sejam feitos sobre a matéria.¹⁴⁶ Fato é que, depois de nove meses de pretensa licitude, a cópia privada voltou a constituir, em regra, violação ao Copyright na legislação do Reino Unido, cuja licitude é avaliada caso a caso e sob a perspectiva do *fair dealing*.

Com a votação pela saída do Reino Unido da União Europeia (“*Brexit*”)¹⁴⁷ ocorrida a 23 de Junho de 2016, a vinculação à Diretiva da Sociedade da Informação e aos debates pela uniformização da matéria no âmbito da União Europeia dependerão das negociações que o Reino Unido virá a ter no âmbito de seu processo de saída.

2.5 BRASIL: A AUSÊNCIA DE PREVISÃO

No Brasil o primeiro marco legislativo em sede de Direito de Autor veio com o Código Criminal de 1830, que previa o crime de “violação de direitos autorais”. A primeira lei brasileira específica sobre a matéria é de 1898 (Lei n.º 496/1898), mas foi revogada pelo

therefore unlawful”. Cfr. SAVVIDES, Theo. “UK Private Copying Exception ruled illegal”. In: *KLUWER Copyright Blog*, 2015. Disponível em: < <http://kluwercopyrightblog.com/2015/06/25/uk-private-copying-exception-ruled-illegal/> >. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁶ “The private copying exception, which took effect on 1 October 2014 as s.28B of the Copyright, Designs and Patents Act, was declared unlawful by the High Court. The court found that the evidence relied on by the government in order to introduce the exception without also providing a means of “fair compensation” to rights holders was flawed. In a follow-up judgment, the High Court formally quashed the regulations which created the private copying exception following further submissions from the parties. Perhaps surprisingly, the regulation was quashed with the agreement of the UK government. The Secretary of State stated that the government did not want to create any uncertainty in the law by submitting that the regulation remain in force while the government took “the opportunity to reflect further... as to whether, and in what form, any further factual enquiries should be carried out and whether a new private copying exception should be introduced”. Cfr. BLUM, Jeremy; IBBETSON, Jean. “Update on the UK Private Copying Exception”. In: *KLUWER Copyright Blog*, 2015. Disponível em: < <http://kluwercopyrightblog.com/2015/07/30/update-on-the-uk-private-copying-exception/> >. Acesso em: 04 fev. 2016.

¹⁴⁷ O Tratado da União Europeia, em seu Art. 50, enuncia o procedimento para que um Estado-Membro deixe a UE. Apresentado o pré-aviso formal de saída – previsto para o início de 2017 - e caso não seja estabelecido um prazo diferente em um acordo com os demais Estados-Membros, os atos legislativos que vinculam o Estado-Membro que sairá da União Europeia deixarão de ser aplicáveis no prazo de dois anos.

Código Civil de 1916, que trouxe o direito de autor como uma espécie de bem móvel e regulou a propriedade literária, artística e científica, a edição e a representação dramática.¹⁴⁸

Apenas em 1973 o Brasil voltou a ter uma lei específica para regular o Direito de Autor (Lei n.º 59.988, de 14 de dezembro de 1973). A Constituição de 1988 – como fizeram as Constituições anteriores, desde 1891 - trouxe o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.¹⁴⁹ Em 1998 foi aprovada a lei então em vigor (Lei n.º 9610 de 19 de fevereiro de 1998).

Desde 2010, com a instituição de um Plano Nacional de Cultura (Lei n.º 13.343/2010), estabeleceu-se como uma das estratégias do governo a reforma da Lei de Direitos Autorais. A doutrina brasileira tem colocado em debate a necessidade de alterações à lei em vigor.¹⁵⁰

A Lei n.º 59.988/1973 já previa a “*cópia de um único exemplar para uso privado do copista*”.¹⁵¹ A Lei n.º 9610/1998 repetiu parcialmente o preceito e consigna, em seu Art. 46, II: “*a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro*”.

A lei de 1973 permitia a cópia privada da integralidade de um “*único exemplar*”, enquanto a lei de 1998 fala apenas em “*pequenos trechos*”. A cópia privada, lícita em 1973, deixou de o ser em 1998? Eis que uma grande celeuma instaurou-se, uma vez que nos estritos termos da Lei de Direitos Autorais de 1998 a cópia privada da integralidade da obra não tinha previsão legal.

Apenas em 2003 a dúvida foi afastada, com a Lei n. 10.695, de 1º de julho, que alterou dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal relacionados ao Direito do Autor. Dentre as alterações, o novo § 4o do Art. 184 do Código Penal ressaltou a tipicidade da conduta de violação dos direitos de autor e os que lhe são conexos para quando estiverem em causa “*exceções ou limitações aos direitos de autor previstos pela Lei n.º 9610/1998*” ou “*cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso*

¹⁴⁸ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sergio. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p.18-19.

¹⁴⁹ PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p.19-20.

¹⁵⁰ Desde 2010, com a instituição de um Plano Nacional de Cultura (Lei n.º 13.343/2010), que estabeleceu como uma das estratégias a reforma da Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9610/98), a doutrina brasileira tem colocado em debate a necessidade de alterações à Lei de Direitos Autorais. Projeto de Lei em discussão: Projeto de Lei n.º 3133/2012.

¹⁵¹ WACHOWICZ, Marcos; COUTINHO, Guilherme; PESSERI, Alexandre. “Estudos para revisão da Lei de Direito Autoral”. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 13-104. p. 58.

privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”. Assim, a cópia para uso privado encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, mas de regra do Código Penal.

O Projeto de Lei N.º 3133/2012 que pretende a revisão da Lei de Direitos Autorais em vigor, por sua vez, traz a cópia privada no rol de exceções e limitações aos direitos de autor. A proposta de alteração ao Art. 46, consigna que a não constitui ofensa aos direitos autorais: “a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra, desde que feita pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial, ou feita a seu pedido, desde que seja realizada por terceiro sem intuito de lucro” e “a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, quando destinada a garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade, para uso privado e não comercial”.¹⁵²

Não se verifica na legislação brasileira a previsão de uma compensação equitativa pela cópia privada. Uma “boa opção” do legislador brasileiro, nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. Para o i. Professor, não tendo o Brasil nenhuma vinculação internacional que o imponha a esta opção, foi salutar não avançar por um instituto “tão semeado de dificuldades”.¹⁵³ As considerações do Professor são, no entanto, feitas no contexto da análise de outro ponto objeto da proposta de reforma da lei brasileira: a compensação por reprografia.

O Art. 88-A da Proposta visa regular especificamente a atividade de reprografia, enquanto utilização de máquina de fotocópia para reprodução de cópia de uma obra intelectual. O objetivo da proposta é tentar regular a atividade de reprografia com fins comerciais, mediante a inserção da obrigatoriedade de os estabelecimentos comerciais

¹⁵² “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos: I – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra, desde que feita pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial, ou feita a seu pedido, desde que seja realizada por terceiro sem intuito de lucro. II – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, quando destinada a garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade, para uso privado e não comercial”. Cfr. BRASIL. *Projeto de Lei No 3133/2012*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1C9026DD8F26710CCD489B40CC5BED6B.proposicoesWeb1?codteor=963052&filename=PL+3133/2012 >. Acesso em: 24 fev. 2016.

¹⁵³ “E é bom que não seja prevista na lei aquela percepção sobre equipamentos e suportes. É de constitucionalidade muito duvidosa. Atinge indiscriminadamente todos os equipamentos e suportes de reprodução, pelo que grava quer os que sirvam para reproduzir obras ou prestações protegidas quer os que são utilizados para outros fins, como reprodução de recibos ou até de obras próprias. Parece bom o Brasil não avançar por um instituto tão semeado de dificuldades, quando nenhuma vinculação internacional lho impõe. Uma percepção indiscriminada sobre bens, independentemente do uso que deles se fizer, é um imposto. Mas neste caso, é agravado por ser um imposto para benefício de interesses particulares: todos pagam, para benefícios de interesses privados de alguns. Ora, o lançamento de um imposto para servir interesses privados é inconstitucional”. Cfr. ASCENSÃO, Jose de Oliveira. “A Proposta de Introdução na Lei dos Direitos Autorais de uma Compensação por Reprografia”. In: *Revista da ABPI*, n.º 109, p. 58-61, 2010. p. 58.

destinados à reprografia, obterem autorização prévia dos autores ou titulares das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os represente.

A proposta é objeto de duras críticas¹⁵⁴, no sentido de que, uma vez admitida a cópia para uso privado, exigir autorização dos autores e entidades de gestão coletiva para o exercício da atividade de reprografia representaria uma taxa indisciplinada, condicionando a atividade de reprografia – que não está limitada a reprografia de obras intelectuais – mas igualmente de papéis de negócios e obras de domínio público, à uma autorização não inserida na lógica do direito de autor. Para, além disso, pretender hoje regular a reprografia é, nada mais, do que regular uma atividade que está condenada a esvair-se no tempo com avanço das tecnologias digitais.¹⁵⁵

Feito este breve panorama, podemos dizer que a cópia privada no Brasil encontra admissibilidade, sem, ainda, uma previsão expressa na Lei de Direitos Autorais em vigor (o que deverá ser superado com a aprovação da nova lei). Tampouco, sem um sistema de compensação equitativa equivalente aos dos sistemas europeus.

Cumprir apontar, entretanto, que outros países da América Latina discutem o tema: a Lei de Direitos de Autor do México de 1996 prevê o limite da cópia privada e um sistema de compensação equitativa (mas ainda sem incidência sobre os equipamentos de reprodução digital). Paraguai, Equador e Peru também possuem sistemas de compensação equitativa instituídos.¹⁵⁶

¹⁵⁴ “Como se justifica, então, que recaia sobre os intermediários a que se recorra para essa reprodução a sujeição a uma autorização dos titulares do direito de autor aos seus representantes? Porque o exercício da atividade comercial é livre: o princípio é o da livre iniciativa. Não se compreende, pois, que os autores ou seus representantes, possam subordinar a reprografia a autorização, quando realizada como atividade comercial. (...) Pressupondo-se a legalidade da reprodução para uso privado, a exigência de uma autorização dos autores ou seus representantes para o exercício da atividade comercial de reprografia é destituída de fundamento. Nada tem que ver com o conteúdo do direito de autor. Representa a introdução de uma fonte de rendimento anômala dos entes de gestão coletiva que escapa completamente à lógica do direito de autor”. Cfr. ASCENSÃO, 2010, p. 59-60.

¹⁵⁵ “Hoje o problema vai muito além da máquina de fotocópia. Isso foi há décadas atrás. O que mais importa agora é a internet. Tornou-se possível a multiplicação em massa de exemplares de uma maneira muito mais simples, rápida e maciça a partir da internet. Este é que é o grande desafio que ocorre afrontar e regular em termos jurídicos, porque revoluciona os quadros a que nos habituamos na cultura do papel”. Cfr. ASCENSÃO, 2010, p. 61.

¹⁵⁶ WIPO, 2016, p. 4.

O Uruguai está a discutir a reforma da Lei de Direitos de Autor cujo projeto (de 2015) prevê a instituição de uma compensação equitativa. A Argentina teve um projeto em discussão em 2011 que teve forte rejeição e não veio a prosperar.¹⁵⁷

A posição desses ordenamentos jurídicos denota a ausência de uniformidade nos entendimentos sobre a efetiva necessidade e razoabilidade da instituição do sistema de compensação equitativa no âmbito da América Latina.

2.6 DIFICULDADES EM COMUM

Dos cinco exemplos apresentados, verificamos, em todos eles, dificuldades na forma da gestão do tema. Mesmo em sistemas estruturados há décadas (como é o caso da Alemanha e da França) verifica-se presente a litigiosidade e dificuldade de acordos com os fabricantes dos equipamentos de reprodução sobre a incidência e valor adequado da compensação equitativa.

No Reino Unido, dúvidas recentes também se colocaram, mas pela ausência de previsão de um sistema de compensação equitativa. As questões suscitadas pelas associações dos titulares de direito foram suficientes para a anular o limite da cópia privada sem compensação equitativa que fora integrado ao *Copyright Act*.

Nos ordenamentos jurídicos da América Latina a discussão para um sistema de compensação equitativa para a cópia privada parece ter ainda pouca força (como é o caso do Brasil) e ampla rejeição (como foi o caso da Argentina). Mesmo para os países em que há sistemas instituídos (como no México) há ainda pouca conformidade com a realidade das tecnologias digitais.

Na Espanha o problema se colocou pela forma da arrecadação - feita de forma indiscriminada pelo Orçamento Geral do Estado e não sobre o adquirente de suportes que permitissem a realização da cópia privada. O sistema terá que ser revisto após o posicionamento do TJUE no Acórdão C-470/14 pela sua inadequação à Diretiva da Sociedade da Informação.

¹⁵⁷ GUTIERREZ, Karen Elorza. Uruguay: “El Conflicto entre Los Derechos de Autor y La Copia Privada”. In: *Mondaq*, 2016. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/Uruguay/x/489908/Copyright/El+Conflicto+Entre+Los+Derechos+De+Autor+Y+La+Copia+Privada>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

O que destacamos como relevante no sistema de Espanha é que ele evidencia um possível sistema alternativo de compensação. Estudos de análise econômica sobre a cópia privada já pontuaram que a recolha de um valor de um fundo comum do Estado seria uma solução economicamente menos onerosa ao mercado. Não é o objeto deste trabalho analisar os fundamentos desses estudos com profundidade. Nossa abordagem cinge-se aos aspectos jurídicos do tema. Todavia, algumas conclusões importantes podem auxiliar-nos na compreensão das questões que aqui colocamos, e é por essa razão que iremos pontualmente referenciá-los.

Em julho de 2010, a ENTER IE Business School com sede em Madrid publicou o estudo intitulado *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models* de autoria de José Luis Ferreira. O estudo analisa os aspectos econômicos dos sistemas de compensação em vigor na União Europeia e propõe alternativas ao modelo de cobrança de compensação equitativa sobre os equipamentos de reprodução. Dentre as soluções estão justamente a recolha de um valor de um fundo comum do Estado – para além de outras alternativas, como a aplicação da taxa sobre a própria obra intelectual ou ainda sobre os equipamentos, mas na forma de uma taxa indireta (em um sistema equivalente ao IVA – Imposto sobre Valor Acrescentado). Em ambas as alternativas, as sociedades de gestão coletiva funcionariam como meras intermediárias para recepção dos valores arrecadados, com menor autonomia.¹⁵⁸ Todavia, do ponto de vista jurídico a solução não foi reconhecida como adequada (veremos os detalhes do julgamento e problematização desta questão no próximo capítulo).

O que é relevante neste momento destacarmos é que os sistemas de compensação equitativa parecem estar em constante debate nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que aqui apresentamos e, como ainda veremos, também no âmbito da lei portuguesa.

As dificuldades dos sistemas tem sua razão de ser. A ideia de se estabelecer uma compensação equitativa sobre os equipamentos de reprodução foram pensadas na era analógica.¹⁵⁹ A tecnologia digital alterou o este paradigma: mais equipamentos, mais formas de utilização.

¹⁵⁸ FERREIRA, José Luis. *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models*. Madrid: ENTER IE Business School, 2010. p. 10-12. Disponível em: http://www.digitaleurope.org/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?Command=Core_Download&EntryId=852&PortalId=0&TabId=353 >. Acesso em: 21 jul. 2016.

¹⁵⁹ NIEMANN, Fabian. Copyright Levies in Europe. Bird&Bird Newsletters. 18 Mar 2008. Disponível em: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2008/copyright-levies-in-europe> Acesso em 15 jun. 2016.

Em relação aos países da UE, os pontos controversos tem sido levados com frequência ao TJUE, que tem tentado uniformizar alguns temas. Já foram objeto de debate: a origem lícita/ilícita da obra copiada, a natureza dos equipamentos que devem estar sujeitos à compensação equitativa, a responsabilidade pelo pagamento, a suposta irrelevância, para incidência da compensação equitativa, da autorização do titular dos direitos, a aferição do prejuízo, a distribuição e destino dos valores arrecadados.

Faremos a seguir uma análise de todos esses temas. Utilizaremos como referência o próprio arcabouço jurisprudencial do TJUE. Pela atualidade de alguns julgamentos há ainda pouca doutrina construída sobre os temas e os casos concretos analisados pela jurisprudência parecem constituir um prático e contemporâneo guia para o nosso estudo.

- CAPÍTULO 3 -

**A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO E NA JUSRISPRUDÊNCIA DA UNIÃO
EUROPEIA: QUESTÕES CONTROVERSAS**

CAPÍTULO 3. A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO E NA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA: QUESTÕES CONTROVERSAS

Antes de passar a análise das principais questões sobre o tema da compensação equitativa para a cópia privada no contexto da jurisprudência do TJUE, convém apresentar o contexto dos debates legislativos que tem permeado o tema. A busca por soluções uniformes sobre o tema da cópia privada tem sido uma preocupação do legislador da União Europeia.

São exemplos deste cenário duas Resoluções aprovadas pelo Parlamento Europeu: a Resolução de 27 de Fevereiro de 2014 (2013/2014(INI)), sobre as taxas relativas à cópia para uso privado¹⁶⁰ e a já mencionada Resolução de 09 de Julho de 2015, para a harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos (2014/2256(INI)).

Cabe-nos, neste momento, apenas pontuar que a Resolução de 2014 sinaliza para um debate sobre a necessidade de reforma do atual regime fragmentado dos Direitos de Autor, com vista a facilitar o acesso aos conteúdos culturais e criativos e a aumentar a circulação global dos mesmos. Desta forma, permitir-se-ia que os artistas, criadores, consumidores, empresas e públicos se beneficiassem dos desenvolvimentos digitais, de novos canais de distribuição (como é a *cloud*) e novos modelos empresariais.

A Resolução também chama a Comissão a apresentar uma proposta legislativa de revisão da Diretiva da Sociedade da Informação, e inclui uma disposição sobre a plena harmonização das exceções e limites. Nomeadamente, no que se refere às cópias para uso privado.¹⁶¹

A necessidade de revisão da Diretiva da Sociedade da Informação foi enfim formalmente consolidada pelo Parlamento Europeu na Resolução de 09 de julho de 2015, que teve como tema a harmonização de certos aspectos de direito de autor e dos direitos conexos. É sobre ela que deteremos agora nossa atenção e, especialmente sobre suas conclusões para o sistema de limites aos Direitos de Autor.

¹⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014, sobre as taxas relativas às cópias para uso privado (2013/2014(INI)). Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0179+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

¹⁶¹ Ponto 3. Cfr. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014, sobre as taxas relativas às cópias para uso privado (2013/2014(INI)).

A Resolução parte do pressuposto de que o legislador da União Europeia deverá permanecer fiel ao objetivo da Diretiva da Sociedade da Informação: viabilizar um equilíbrio justo entre os Direitos de Autor e Direitos Conexos e utilizadores de materiais protegidos.

Há o reconhecimento de que o contexto digital requer adaptação do sistema de limites, tendo em conta os desenvolvimentos no ambiente digital e a necessidade de competitividade. Há a constatação de que as diferenças entre os Estados-Membros no tocante à implementação dos limites poderia constituir um desafio para o funcionamento do mercado interno para além de gerar incerteza jurídica para os autores e utilizadores.

Fala-se da necessidade de se tentar estabelecer regras mais comuns, entretanto, sem deixar de permitir que os Estados-Membros legislem de acordo os seus interesses culturais e económicos específicos. Da mesma forma, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.

A Resolução fala por duas vezes na necessidade de melhorar e reforçar a segurança jurídica. Esta preocupação centra-se justamente em relação ao tema sobre o qual dedicamos a análise no Capítulo 1: o sistema de limites aos direitos de autor.

Há o reconhecimento de que as novas utilizações de conteúdos possibilitadas pela evolução tecnológica devem ser, tanto quanto possível, interpretadas em conformidade com o limite existente, desde que a nova utilização seja semelhante à já existente e de acordo com o teste dos três passos. Ou seja: a Resolução reconhece a possibilidade de maior flexibilidade, desde que embasada nas hipóteses de limites já legisladas e interpretadas à luz das regras dos três passos.¹⁶² Como já mencionamos, a recente Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital apresentada em 14 de Setembro de 2016 apresentou três novos limites, evidenciando que o legislador comunitário parece continuar preocupado em fixar de maneira clara e taxativa os limites que entende como adequados.

A cópia para uso privado também foi objeto de destaque na Resolução de 2015. Há a nota pela necessidade de reforço de estudos que tenham em conta a Resolução de 27 de Fevereiro de 2014 (2013/2014(INI) e, ainda, bases de dados científicos capazes de avaliar um

¹⁶² Pontos 38 e 43. Cfr. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de julho de 2015, sobre a aplicação da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (2014/2256(INI)). Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0273+0+DOC+PDF+V0//PT> >. Acesso em: 14 jul. 2016.

sistema justo de incidência, recolha e distribuição das taxas aplicáveis aos equipamentos que permitem a cópia para uso privado.¹⁶³

A Resolução menciona os resultados do último processo de mediação¹⁶⁴ conduzido pela Comissão Europeia sobre as taxas aplicáveis à cópia privada e à reprografia que decorreu entre os anos de 2011 e 2013. Suas recomendações foram expostas em um Relatório Final redigido e publicadas pelo Presidente do processo de mediação, ANTÓNIO VITORINO, em 31 de janeiro de 2013. O Relatório serviu como referência para a Resolução de 2015 apontar a necessidade de se buscasse um sistema de compensação equitativa pela cópia privada que aprecie de maneira justa a existência de efetivos prejuízos aos titulares dos direitos de autor. Do mesmo modo, que fosse claro quanto às hipóteses de incidência e distribuição dos valores arrecadados.

A questão do prejuízo aos Direitos de Autor é a grande celeuma da cópia para uso privado. Ao mesmo tempo que poderia se presumir a insignificância deste prejuízo, já que a cópia privada é em primeira medida uma liberalidade concedida ao utilizador para potencializar o desfrute da obra intelectual, busca-se igualmente, pelo estabelecimento de um sistema de compensação equitativa, tentar reparar esse suposto prejuízo. Em outras palavras: temos em um primeiro momento a pressuposição de ausência do prejuízo que serve para justificar a cópia privada enquanto limite ao direito de autor e, ao mesmo tempo, uma potencial existência do mesmo paradigma de prejuízo, dessa vez apta a justificar a compensação equitativa.

O “possível prejuízo” é o tema do Considerando 35 da Diretiva da Sociedade da Informação. Há nele a nota de que na determinação da forma, da modalidade e do nível da compensação equitativa, o principal critério de análise será o “possível prejuízo”. Mas em seguida, são estabelecidas ressalvas que afastam a necessidade do pagamento da compensação equitativa: nos casos em que os titulares de direitos já tenham recebido o

¹⁶³ Pontos 57 e 58. Cfr. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de julho de 2015.

¹⁶⁴ A Comissão Europeia anunciou, em 24 de maio de 2011, o lançamento de um processo de mediação para investigar possíveis abordagens sobre os sistemas de compensação equitativa da cópia para uso privado: *Communication of 24 May 2011, “A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe”*. O processo de mediação foi presidido por Antonio Vitorino, cuja conclusão foi exposta em um relatório publicado em 31 de Janeiro de 2013. Cfr. VITORINO, Antonio. *Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies*. 2013. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf. Acesso em 6 jun. 2016.

pagamento sobre qualquer outra forma (como, por exemplo, parte de uma taxa ou licença), o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico e as situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo. E são nessas ressalvas que as dúvidas de interpretação residem.¹⁶⁵

A jurisprudência do TJUE possui precedentes importantes que permitem, hoje, delinear com maior margem de precisão as características de um sistema para a cópia privada. Referidos precedentes datam dos últimos dez anos e deles extraímos dois temas centrais relacionados com a aferição do prejuízo aos Direitos de Autor.

O primeiro tema está relacionado à licitude/ilicitude da obra copiada: tendo sido o exemplar copiado disponibilizado em violação ao Direitos de Autor, será admitida a reprodução para uso privado?¹⁶⁶ A disponibilização ao público de uma obra intelectual em violação a referidos direitos evidencia, por si só, um prejuízo. Se dela decorrer a possibilidade de uma legítima utilização privada, estamos a falar da viabilidade de se usufruir de obras adquiridas ilicitamente, onde o prejuízo aos Direitos de Autor parece ser mais evidente. Tal conclusão não é, como talvez possa parecer, evidente e, conforme veremos no Capítulo 4, o tema foi objeto de debate pela doutrina em Portugal e o TJUE já exarou sua posição sobre ele.

O segundo ponto prende-se essencialmente ao modelo ideal de um sistema de compensação equitativa. Como já foi possível verificar pelo breve estudo comparado que fizemos no Capítulo 2, o estabelecimento de um sistema que reflita e persiga uma retribuição justa e que exprima de maneira próxima uma efetiva compensação aos autores é o ponto nevrálgico da matéria.

O TJUE tem como pressuposto em seus acórdãos sobre a cópia privada, que o âmbito de aplicação da compensação equitativa depende do i) objeto de reprodução (que, conforme veremos, devem ser obras adquiridas licitamente), ii) do sujeito que realiza a reprodução

¹⁶⁵ Considerando (35): “Em certos casos de exceção ou limitação, os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida. Na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos. Nos casos em que os titulares dos direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento.”

¹⁶⁶ VIEIRA, 2009, p. 455.

(pessoas singulares) e iii) a própria reprodução em si (que deve ser para fins privados, mediante utilização de determinados suportes para o efeito).

Parecem pressupostos de simples verificação. Mas não o são. Transitam em torno deles dificuldades que a realidade prática tem colocado aos responsáveis pelos pagamentos das compensações, nomeadamente fabricantes e distribuidores de suportes de reprodução. Essas dificuldades refletem-se em questões que a jurisprudência do TJUE tem feito esforço em responder e o legislador da UE está prestes a revê-las. Analisaremos os precedentes relevantes de modo a tentar identificar os principais problemas deste âmbito.

3.1 LICITUDE E ILICITUDE DA OBRA COPIADA

3.1.1 O Acórdão ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie (C-435/12) de 10.04.2014

A questão da relevância sobre a licitude/ilicitude foi finalmente apreciada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2014, no Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie* (C-435/12).¹⁶⁷ Como já referimos, a ACI Adam era importadora de produtos e suportes de dados virgens, obrigada a pagar a compensação equitativa pela cópia privada à entidade de gestão coletiva holandesa responsável pela recolha da contribuição.

A ACI Adam veio a questionar judicialmente o cálculo dos valores a que estava obrigada a pagar, sob a justificativa de que esses levavam em conta a reprodução de obras adquiridas ilicitamente. O Tribunal Holandês decidiu suspender a instância para submeter ao TJUE algumas questões prejudiciais. Nomeadamente, se o Direito da União Europeia, em especial o art. 5º, nº 2, b) da Diretiva da Sociedade da Informação deveria ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional – como a que estava em causa no processo – que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado.

¹⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, 2014.

A decisão concluiu que uma legislação nacional que não faz distinção de cópias privadas efetuadas de fontes lícitas daquelas realizadas a partir de fontes contrafeitas e pirateadas não pode ser admitida.¹⁶⁸

Convém percorrermos os fundamentos da decisão de modo a tentar compreender melhor a análise feita pelo TJUE.

Ao apreciar as questões prejudiciais, o acórdão tem em conta dois pressupostos. O primeiro, de que a Diretiva da Sociedade da Informação condiciona, em seu Considerando 44¹⁶⁹, a aplicação das exceções e limites à Regra dos Três Passos: apenas devem ser aplicadas em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e que não prejudiquem irrazoavelmente os interesses legítimos dos titulares de direitos de autor. O segundo, de que também decorre da Diretiva da Sociedade da Informação que os Estados-Membros, ao optarem por consagrar em suas legislações as exceções ou limitações previstas na Diretiva, podem optar por transpor apenas parte delas. Todavia, a Diretiva não autoriza que criem novas exceções ou limitações ou que ampliem o alcance dessas exceções ou limitações.¹⁷⁰

O acórdão aponta que, efetivamente, a exceção/limitação da cópia privada prevista na Diretiva da Sociedade da Informação não se pronuncia expressamente sobre caráter lícito ou ilícito da fonte a partir da qual pode ser efetuada uma reprodução. Todavia, isso não significa que se possa passar a interpretar que é simplesmente indiferente se a fonte da obra copiada é lícita ou ilícita.¹⁷¹

¹⁶⁸ “O direito da União, em especial o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, em conjugação com o n.º 5 do referido artigo, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado”. UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie*, C-435/12, 2014.

¹⁶⁹ Considerando (44): “Quando aplicadas, as exceções e limitações previstas nesta directiva deverão ser exercidas em conformidade com as obrigações internacionais. Tais exceções e limitações não podem ser aplicadas de forma que prejudique os legítimos interesses do titular do direito ou obste à exploração normal da sua obra ou outro material. A previsão de tais exceções e limitações pelos Estados-Membros deve, em especial, reflectir devidamente o maior impacto económico que elas poderão ter no contexto do novo ambiente electrónico. Consequentemente, o alcance de certas exceções ou limitações poderá ter que ser ainda mais limitado em relação a certas novas utilizações de obras e outro material protegido.”

¹⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie*, C-435/12, 2014, N.º 27.

¹⁷¹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie*, C-435/12, 2014, N.º 29-31.

Para o TJUE, o alcance da previsão da limitação da cópia privada deve ser interpretado à luz do Considerando 32 da Diretiva da Sociedade da Informação¹⁷², que determina que a lista das exceções deve assegurar um equilíbrio entre as tradições jurídicas dos Estados-Membros e o bom funcionamento do mercado interno. Sendo assim, as cópias para uso privado efetuadas a partir de fontes ilícitas não devem ser admitidas.¹⁷³

O “bom funcionamento do mercado interno” passa a ser a preocupação central do julgamento. O acórdão ressalta o Considerando 22 da Diretiva¹⁷⁴: o objetivo de apoiar adequadamente a difusão cultural não deve ser alcançado sacrificando a proteção estrita de determinados direitos nem tolerando formas ilegais de distribuição de obras objeto de contrafação ou pirataria. Admitir que as reproduções para uso privado possam ser efetuadas a partir de uma fonte ilícita fomentaria a circulação de obras contrafeitas ou pirateadas, diminuindo assim o volume das vendas ou de outras transações legais relativas às obras protegidas, em prejuízo do mercado interno.¹⁷⁵

São ainda feitas duas ponderações sobre temas correlatos à cópia privada: a utilização de medidas tecnológicas de proteção e o cálculo da compensação equitativa.

O TJUE conclui que o fato de o Estado-Membro não contemplar medidas tecnológicas de proteção para combater a realização de cópias privadas de obras divulgadas ilicitamente (como era o caso da Holanda) não impediria que se analisasse a questão principal – caráter lícito ou ilícito da obra copiada. O questionamento se colocou uma vez que o Art. 5.º, n.º 2, b) da Diretiva da Sociedade da Informação apresenta o limite/exceção da cópia privada condicionado a uma compensação equitativa que leve em conta a utilização ou não de medidas de caráter tecnológico. Ora, a ausência de medidas de caráter tecnológico que limitassem o processo de cópia de obras adquiridas ilicitamente seria uma chancela para que a compensação equitativa contemplasse em seu cálculo a possibilidade de nele incluir as cópias privadas de obras adquiridas ilicitamente? Decidiu o TJUE que não. A ausência de

¹⁷² Considerando (32): “A presente Directiva prevê uma enumeração exaustiva das exceções e limitações ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público. Algumas exceções só são aplicáveis ao direito de reprodução, quando adequado. Esta enumeração tem em devida consideração as diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros e destina-se simultaneamente a assegurar o funcionamento do mercado interno. Os Estados-Membros devem aplicar essas exceções e limitações de uma forma coerente, o que será apreciado quando for examinada futuramente a legislação de transposição.”

¹⁷³ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie* C-435/12, N.º 33-35.

¹⁷⁴ Considerando (22): “O objectivo de apoiar adequadamente a difusão cultural não deve ser alcançado sacrificando a protecção estrita de determinados direitos nem tolerando formas ilegais de distribuição de obras objecto de contrafacção ou pirataria.”

¹⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, N.º 36-41.

medidas tecnológicas não autoriza que a compensação equitativa seja utilizada para legitimar e (compensar) cópias privadas de obras disponibilizadas em violação aos direitos de autor.¹⁷⁶

Sobre a compensação equitativa, o TJUE aponta que os Estados Membros são livres para precisar os parâmetros de forma incoerente e não harmonizada. Todavia, os parâmetros não devem colocar em risco a concorrência entre os Estados Membros. Permitir que o cálculo da compensação equitativa não distinga se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual foi efetuada a cópia para uso privado, implica em onerar todos os utilizadores que adquiram equipamentos, aparelhos e suportes que permitem a realização de cópias privadas, independentemente desses realizarem ou não cópias privadas de fontes ilícitas, fazendo-os assumir um encargo suplementar. Essa situação onera de maneira injusta o utilizador e não respeita o justo equilíbrio entre os direitos e interesses dos autores e dos utilizadores do material protegido, que é um dos objetivos previstos no Considerando 31¹⁷⁷ da Diretiva da Sociedade da Informação.¹⁷⁸

Por fim, o acórdão conclui que a Diretiva 2004/48, de 29 de abril de 2004 (Diretiva relativa ao respeito dos Direitos de Propriedade Intelectual, também conhecida como Diretiva do *Enforcement*) não é aplicável ao caso sob julgamento. Isso porque o tema em debate não refere à uma ação intentada pelos titulares dos direitos de autor ante a existência de infrações a esses direitos (cujas medidas para impedir, cessar e obviar qualquer infração estão previstas na Diretiva do *Enforcement*) mas sim, à uma ação intentada pelos operadores económicos relativamente ao cálculo da compensação equitativa que estão obrigados a pagar.¹⁷⁹

O acórdão discute ainda o fato de que, ao deixar de se considerar as cópias privadas de fonte ilícita no cálculo da compensação equitativa, a arrecadação diminuirá, o que implica em uma medida desfavorável à entidade encarregada de cobrar e distribuir a compensação equitativa que representa os titulares do direito.

¹⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, 2014, N.º42-46.

¹⁷⁷ Considerando (31): “Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As excepções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico. As diferenças existentes em termos de excepções e limitações a certos actos sujeitos a restrição têm efeitos negativos directos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das actividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais excepções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno”.

¹⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, 2014, N.º48-58.

¹⁷⁹ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, 2014, N.º59-65.

A conclusão do TJUE veio no sentido de afastar a possibilidade de se equiparar a discussão sobre a forma de cálculo da compensação equitativa (que no caso em concreto, representará uma diminuição na arrecadação) enquanto medida de enfraquecimento da proteção dos direitos dos autores. É a nota final de que os direitos de propriedade intelectual devem ser interpretados buscando-se um justo equilíbrio entre os direitos dos autores e dos utilizadores.

Feitas todas essas considerações, concluiu o TJUE que o Artigo 5.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva da Sociedade da Informação, em conjugação com o n.º 5 do referido Artigo, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que não distingue se é lícita ou ilícita a fonte a partir da qual é efetuada uma reprodução para uso privado e de que a Diretiva do *Enforcement* não é aplicável a um litígio em que os devedores da compensação equitativa requerem o reconhecimento de direitos potencialmente desfavoráveis à entidade representativa de Direitos de Autor.¹⁸⁰

O acórdão do TJUE permite-nos tecer conclusões importantes, o que faremos a seguir.

3.1.2 Os reflexos do julgamento no TJUE para os Sistemas de Cópia Privada na UE

O julgamento do TJUE no caso ACI Adam é um marco importante para o tema da cópia privada. A disseminação das redes de partilha de ficheiros *peer to peer* permitiu a popularização da disponibilização das obras protegidas por Direitos de Autor e Direitos Conexos de maneira ilícita. Pontuar se este tipo de utilização estaria abrangido pelo limite da cópia privada e consequentemente, se poderia ser considerado para o cálculo da compensação equitativa era um ponto que carecia de elucidação.

Neste âmbito, ANTÓNIO PAULO SANTOS e VICTOR CASTRO ROSA, ao analisarem o acórdão, apontam ainda que, permitir que o desfrute das obras estivesse abrangido pela cópia privada seria, indiretamente, fomentar o consumo de conteúdos disponibilizados em prejuízo da exploração normal dessas criações intelectuais e dos interesses legítimos de seus titulares, em violação à Regra dos Três Passos.¹⁸¹

¹⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie*, C-435/12, 2014, N.º 66.

¹⁸¹ SANTOS, António Paulo; ROSA, Victor Castro. “Comentário sobre o regime da exceção de cópia privada em Portugal e na Europa”. In: *Propriedades Intelectuais*, N.º 5. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 35.

Do ponto de vista prático, as conclusões do acórdão permitem dizer que a utilização privada de uma obra adquirida ilicitamente não está abrangida pelo limite da cópia privada. Não é uma utilização legítima, livre. É uma forma de utilização em desacordo e em violação aos direitos dos titulares de Direitos de Autor e Direitos Conexos.

A conclusão não foi nova. Algumas legislações dos Estados-Membros também já previam essa ressalva: Alemanha, França, Espanha, Itália, Dinamarca e Suécia possuem previsões legais que excluem do âmbito da cópia privada aquelas realizadas de fontes ilícitas.¹⁸² Todavia, como a Diretiva não consignava expressamente o pressuposto da necessidade de legalidade da aquisição da obra copiada, a dúvida de interpretação persistia para os Estados-Membros cuja legislação não era expressa nesse sentido.

Temos, portanto, um cenário de pressupostos e conclusões não mais desalinhados, mas ainda sujeito à necessidade de interpretações que conformem e equilibrem a interpretação do TJUE com as legislações dos Estados Membros que não consignam expressamente a previsão (como é o caso de Portugal, conforme veremos adiante).

Mas é preciso ainda ressaltar um reflexo importante do julgamento do caso *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie* (C-435/12): o impacto da conclusão final pela retirada das utilizações privadas sobre as obras adquiridas ilicitamente para o cálculo da compensação equitativa.

No já referido estudo da ENTER IE *Business School* há uma nota cuja reflexão entendemos importante apresentar: a constatação de que diversas entidades e defensores dos sistemas de compensação equitativa por vezes socorrem-se dos argumentos relativos a pirataria para justificar a razoabilidade dos valores das cobranças, de modo a tentar refletir no sistema de cópia privada o prejuízo das disponibilizações e reproduções ilícitas das obras.¹⁸³ Podemos dizer que, em certa medida, o julgamento do *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie* (C-435/12) vem a reforçar a oposição a esta ideia, limitando o sistema da cópia privada apenas aos casos em que a obra copiada advenha de uma aquisição lícita.

¹⁸² QUINTAIS, João Pedro. “Private Copying and Downloading from Unlawful Sources”. In: *IIC: International Review of Industrial Property and Copyright Law*, v. 46, n. 1. 2015a. p. 20. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/276304238_Private_Copying_and_Downloading_from_Unlawful_Sources >. Acesso em 20 jun. 2016.

¹⁸³ FERREIRA, José Luis. *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models*. Madrid: ENTER IE Business School, 2010. p. 48. Disponível em: http://www.digitaleurope.org/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?Command=Core_Download&EntryId=852&PortalId=0&TabId=353 >. Acesso em: 21 jul. 2016.

O reflexo direto da retirada das cópias privadas de fontes ilícitas é a inevitável diminuição das taxas de compensação equitativa. Foi o que aconteceu na Holanda, país do precedente onde, mediante um Decreto do Secretário Geral de Estado de 1 de janeiro de 2015, as taxas de compensação equitativa foram reduzidas em 30%. A nota é apresentada em outro estudo sobre os sistemas de cópia privada, *International Survey on Private Copying* publicado em junho de 2015, com maior cariz jurídico e liderado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e a sociedade de gestão coletiva holandesa para remunerações da cópia privada, a *Stichting de Thuiskopie*.¹⁸⁴

Diante de todo o contexto apresentado, avançamos com a premissa de que a cópia privada é a reprodução levada a cabo por pessoa singular, para uso particular, a partir de um exemplar lícitamente adquirido no mercado.¹⁸⁵

Como deve a compensação equitativa refletir a necessidade de compensar os titulares dos direitos se o tema do prejuízo é – essencialmente com a ausência das fontes ilícitas – controverso? É o que veremos a seguir.

3.2 A COMPENSAÇÃO EQUITATIVA

As dúvidas sobre um sistema de compensação equitativa que esteja em conformidade com os objetivos da Diretiva da Sociedade da Informação vêm se colocado com frequência no âmbito da jurisprudência do TJUE.

A fim de identificar os pontos de controvérsia e refletir sobre suas dificuldades, pretendemos avançar sobre uma análise sucinta dos precedentes jurisprudenciais. A escolha pelo estudo deste ponto por intermédio da apreciação das conclusões do TJUE ganha relevância porque a doutrina ainda é escassa e, em sua maioria, construída mediante a análise da jurisprudência. Nosso objetivo é apresentar os acórdãos, identificar os temas centrais de debate e relacioná-los com o que for pertinente no âmbito do sistema de compensação equitativa estabelecido pela lei portuguesa, cujas características veremos no Capítulo seguinte.

¹⁸⁴ WIPO, 2016, p. 7.

¹⁸⁵ SANTOS; ROSA, 2016, p. 32.

Os precedentes do TJUE serão apresentados não em sua ordem cronológica, mas sim, em seções divididas de acordo com os temas de relevância de cada um deles.

3.2.1 Os Equipamentos de Reprodução

3.2.1.1 Obrigatoriedade da utilização privada dos equipamentos de reprodução: Acórdão Padawan v. Sgae (C-467/08), de 21.10.2010 e Acórdão EGEDA et al v. Administração do Estado et al (C-470/14), de 09.06.2016

Começaremos nossa análise com dois casos que tiveram origem em Espanha. Curiosamente o precedente mais antigo - *Padawan v. Sgae* (C-467/08), de 21.10.2010 - e o mais recente *EGEDA et al v. Administração do Estado et al* (C-470/14), de 09.06.2016 - sobre a matéria.

O Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), de 21.10.2010, é o *leading case* do TJUE sobre o tema da cópia privada.¹⁸⁶ Estava em causa um litígio em Espanha entre uma empresa que comercializava CD-R e suportes digitais de reprodução e uma sociedade espanhola de gestão coletiva de direitos autorais, a *Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE). A SGAE estava a exigir o pagamento pela taxa da cópia privada prevista pela lei espanhola referente aos anos de 2002 a 2004.¹⁸⁷

A Padawan recusou-se ao pagamento, sob a justificativa de que a taxa era aplicada a todos os suportes digitais independentemente do uso que o adquirente daria esses suportes, se para uso privado ou em uma atividade comercial.

A sentença proferida pelo Tribunal de 1ª Instância de Barcelona julgou procedente a ação e a Padawan foi condenada a pagar o montante de 16.000,00 Euros, acrescido de juros legais e custas processuais. A Padawan recorreu para a audiência provincial de Barcelona,

¹⁸⁶ SANTOS; ROSA, 2016, p. 34.

¹⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08). Data de Publicação: 21.10.2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d515bd55b63a884d7ba50297a5a02de617e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=83635&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&oc=first&part=1&cid=52636> >. Acesso em: 5 jun. 2016.

que optou por submeter algumas questões prejudiciais ao TJUE, relativamente à interpretação do Art. 5.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva da Sociedade da Informação.¹⁸⁸

Quatro foram as questões apreciadas pelo TJUE, nomeadamente: i) se o conceito de compensação equitativa exige uma interpretação uniforme que seja aplicável a todos os Estados-Membros, ii) se o “justo equilíbrio” entre os interesses dos titulares de direitos e utilizadores implica na necessidade de a compensação equitativa ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores pela cópia privada, iii) se a taxa sobre os equipamentos deve ser aplicada com o presumível uso desses suportes para a realização de cópias para uso privado, iv) se a aplicação indiscriminada da taxa (mesmo para os casos em que os suportes sejam utilizados para atividades alheias a cópia privada) está conforme a Diretiva da Sociedade da Informação.

Sobre a primeira questão, o TJUE considerou que o conceito de compensação equitativa deve ser caracterizado como um conceito autónomo de Direito da União, ou seja, um conceito que deve ser sim interpretado de maneira uniforme em toda a União Europeia.¹⁸⁹

Avançando sobre a segunda questão, o TJUE entendeu que os Considerandos 35 e 38¹⁹⁰ da Diretiva da Sociedade da Informação enunciam que a compensação equitativa tem por objeto indemnizar os autores, “de modo adequado”, pela utilização das suas obras protegidas feita sem a sua autorização. Para determinar o nível desta compensação, há que tomar em consideração, enquanto “principal critério”, o “possível prejuízo” sofrido pelo autor em função do ato de reprodução em causa. Em razão da dificuldade prática de se aferir tal prejuízo mediante identificação de cada utilizador que pretenda utilizar um suporte adquirido para cópia para uso privado, os Estados-Membros podem estabelecer a compensação equitativa a ser paga pelas pessoas que disponibilizam para venda equipamentos que permitam a cópia, desde que essas tenham a possibilidade de repercutir o encargo no preço de venda ao público. Deste modo, o acórdão conclui pela conformidade ao “justo equilíbrio” do

¹⁸⁸ VICENTE, 2012, p. 28.

¹⁸⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), 2010, N.º 29-37.

¹⁹⁰ Do Considerando (35), vide nota 165. Considerando (38): “Deve dar-se aos Estados-Membros a faculdade de preverem uma exceção ou limitação ao direito de reprodução mediante uma equitativa compensação, para certos tipos de reproduções de material áudio, visual e audiovisual destinadas a utilização privada. Tal pode incluir a introdução ou a manutenção de sistemas de remuneração para compensar o prejuízo causado aos titulares dos direitos. Embora as diferenças existentes nestes sistemas de remuneração afetem o funcionamento do mercado interno, tais diferenças, no que diz respeito à reprodução analógica privada, não deverão ter um impacto significativo no desenvolvimento da sociedade da informação. A cópia digital privada virá provavelmente a ter uma maior divulgação e um maior impacto económico. Por conseguinte, deverão ser tidas devidamente em conta as diferenças existentes entre a cópia digital privada e a cópia analógica privada e, em certos aspectos, deverá ser estabelecida uma distinção entre elas.”

estabelecimento de um sistema de compensação equitativa, cuja cobrança seja incidente aos revendedores de equipamentos.¹⁹¹

Sobre a terceira questão, o acórdão conclui que é necessário um vínculo entre a aplicação da compensação equitativa e a utilização presumida do equipamento para a realização de cópias para uso privado. Assim, a aplicação indiscriminada da compensação a equipamentos não destinados à cópia privada (quarta questão) é incompatível com a Diretiva da Sociedade da Informação.¹⁹²

Os esclarecimentos do TJUE fizeram com que a Audiência Provincial de Barcelona julgasse procedente, em acórdão de 2 de março de 2011, o recurso de apelação da Padawan, afastando a condenação para pagamento das taxas de compensação equitativa à SGAE. A decisão considerou que a SGAE teria direito de cobrar a compensação equitativa apenas aos suportes comercializados a pessoas singulares e não a empresas e utilizadores que pretendiam utilizá-los em sua atividade profissional. Como não era possível identificar a quantidade de suportes que tivessem sido comercializados a particulares, a cobrança não poderia ser admitida.¹⁹³

A decisão colocou em cheque o sistema de cópia privada em Espanha e motivou a alteração legislativa que determinou que a compensação fosse financiada diretamente pelo Orçamento Geral do Estado (Real Decreto 20/2011, de 30 de Dezembro), cujas modalidades de cálculo e de pagamento aos titulares dos direitos foram definidas pelo Real Decreto 1657/2012, de 7 dezembro.

Como já tivemos a oportunidade de apresentar, a alteração foi criticada por parte das entidades de gestão coletiva em razão da redução do âmbito da aplicação da compensação equitativa: deixaram de ser levados em conta para sua quantificação as reproduções realizadas por aparelhos e suportes destinados a usos distintos da cópia privada. Ocorre que a forma concreta de cálculo permaneceu em absoluta indefinição e a retirada do valor do Orçamento Geral do Estado também não era clara quanto aos critérios de cálculo e distribuição da compensação equitativa.¹⁹⁴

¹⁹¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), 2010, N.º 38-50.

¹⁹² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), 2010, N.º 51-59.

¹⁹³ VICENTE, Dario Moura. *Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o Acórdão Padawan do Tribunal de Justiça da União Europeia*. p. 30.

¹⁹⁴ BERCOVITZ; CANO, 2016, p. 546-547.

Outro julgamento do TJUE - *Egeda et al v. Administração do Estado et al* (C-470/14) de 09 de junho de 2016 – veio a concluir pela oposição a um sistema de compensação equitativa por cópia privada financiado pelo Orçamento Geral do Estado que não possa garantir que o custo das compensações seja suportado pelos utilizadores de cópias privadas.

Conforme vimos na análise que fizemos sobre o sistema de Compensação Equitativa de Espanha, o acórdão concluiu que um sistema de financiamento pelo Orçamento Geral do Estado não é suscetível de garantir que o custo dessa compensação é suportado unicamente pelos utilizadores das cópias privadas.

O acórdão faz uma consideração interessante sobre a posição das pessoas coletivas no sistema da cópia privada. Embora sejam elas os sujeitos passivos (são em regra os fabricantes e distribuidores de equipamentos de reprodução que recolhem a taxa), essas pessoas coletivas não podem, na concepção do TJUE, ser devedoras efetivas da referida taxa.¹⁹⁵

A rubrica orçamental de Espanha destinada ao pagamento da compensação equitativa é alimentada pela totalidade dos recursos inscritos no Orçamento Geral do Estado, e, portanto, pela totalidade dos contribuintes, incluindo pessoas coletivas. Para o TJUE, na ausência de um dispositivo na lei espanhola que permita às pessoas coletivas requerer a isenção da obrigação ou, pelo menos, requerer o seu reembolso, o sistema não é suscetível de garantir que o custo da compensação é suportado unicamente pelos utilizadores das cópias privadas.¹⁹⁶

O sistema de compensação equitativa em Espanha foi colocado novamente em crise e não temos, até a data de entrega desta trabalho, o posicionamento final da justiça espanhola e eventuais deslindes de alterações legislativas.

O que podemos concluir desses precedentes jurisprudenciais é que o TJUE parametrizou como requisito essencial para o cálculo da compensação equitativa a necessidade inafastável de que os suportes sejam efetivamente destinados à cópia para uso privado. Como já apontado por DÁRIO MOURA VICENTE em análise ao acórdão *Acórdão Padawan v. SGAE* (C-467/08), a compensação equitativa só poderá ser instituída quando haja motivo para presumir que os equipamentos e suportes serão afetos à cópia privada. Para o i. Professor, o acórdão delimita a natureza ressarcitória da compensação equitativa, afastando-a

¹⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Egeda v. Administração do Estado* (C-470/14), 2016, N.º 36.

¹⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Egeda v. Administração do Estado* (C-470/14), 2016, N.º 40.

da ideia de uma remuneração geral e aplicável de forma indiscriminada a quaisquer utilizadores de equipamentos e suportes sobre os quais ela incide.¹⁹⁷

Como, entretanto, efetivar essa orientação?

A legislação portuguesa optou por estabelecer um regime de isenções, cuja análise faremos no próximo capítulo presente estudo. O que podemos adiantar é que, regra geral, a compensação equitativa incide sobre o preço de venda de todos os suportes descritos no Anexo da nova redação da Lei n.º 62/98 de 1º de Setembro, com exceção daqueles destinados às finalidades relacionadas no Art. 4.º de referida lei. Foi certamente uma tentativa de delimitar o âmbito da aplicação da compensação equitativa. A dificuldade de se aferir a efetiva utilização dos equipamentos para a cópia para uso privado mantém-se como um desafio aos legisladores nacionais e sua precisão é de alcance controverso.

A orientação do TJUE presente em referidos acórdãos diz como o sistema não deve ser: não deve ser indiscriminado para todos os suportes, independentemente da finalidade de utilização, não deve ser decorrente de um Orçamento Geral do Estado que não garanta que o custo das compensações seja suportado unicamente pelos utilizadores de cópias privadas. Mas não diz como deve ser. E talvez nem o poderia de maneira completa porque essa é tarefa do legislador da União Europeia, que deverá melhor harmonizar a matéria. Fato é que temos aqui detetada uma dificuldade comum aos Estados Membros de estabelecerem ou aproximarem-se de um sistema capaz de identificar com maior precisão a real finalidade da utilização dos equipamentos sujeitos à compensação equitativa.

3.2.1.2 Características dos Equipamentos sujeitos à Compensação Equitativa: Acórdão Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S (C-463/12), de 05.03.2015

Para além da finalidade da utilização, outro tema que chegou ao TJUE prende-se às características dos equipamentos de reprodução sujeitos à compensação equitativa. Na análise que faremos agora, nos deteremos ao estudo sobre a possibilidade de incidência da compensação equitativa sobre suportes multifuncionais e sobre componentes que integrem esses suportes (como é o caso das memórias removíveis de telemóveis).

¹⁹⁷ VICENTE, 2012, p. 31.

O acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), de 05.03.2015 aborda esse tema, mas é também, como veremos, uma interessante compilação de grande parte dos posicionamentos do TJUE sobre a cópia privada.¹⁹⁸

A Copydan é uma organização de gestão coletiva da Dinamarca que representa os titulares de direitos sobre obras sonoras e audiovisuais. É ela quem recolhe, gere e distribui a esses titulares os valores de compensação equitativa cobrados pela utilização das referidas obras.¹⁹⁹

A Nokia comercializa telemóveis na Dinamarca, fornecendo-os a distribuidores que os revendem tanto a pessoas singulares quanto coletivas. Alguns destes telemóveis incluem cartões de memória removíveis (diferentes da memória incorporada). Nele podem também ser armazenados ficheiros que contenham obras musicais, filmes e outras obras protegidas descarregados através da Internet ou oriundos dos computadores dos utilizadores.²⁰⁰

A Copydan considerou que os referidos cartões de memória são equipamentos que permitem a reprodução de obra intelectuais para uso privado e, portanto, sujeitos a compensação equitativa. Assim, intentou uma ação contra a Nokia na qual pediu que esta fosse condenada no pagamento sobre cartões de memória importados no período entre 2004 e 2009.²⁰¹

Sobre os suportes elegíveis à compensação equitativa, o entendimento do TJUE é no sentido de que os Estados-Membros têm liberdade para determinar quem são as pessoas que devem pagar a compensação equitativa, bem como fixar a forma, as modalidades e o nível da referida compensação.²⁰² Desta conclusão, decorre que a mera capacidade de um equipamento realizar reproduções é suficiente para justificar a aplicação da compensação equitativa pela cópia privada.²⁰³

Para o TJUE, não é relevante o fato de o suporte ter uma ou múltiplas funções, ou que a função de reprodução seja uma funcionalidade secundária do equipamento. Para fins de

¹⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12). Data de Publicação: 05.03.2015. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162691&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10113> >. Acesso em 9 Jun 2016.

¹⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 11.

²⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 12.

²⁰¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 14.

²⁰² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 20.

²⁰³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 25.

incidência da taxa para a compensação equitativa é suficiente supor que os utilizadores finais irão explorar todas as funcionalidades do equipamento.²⁰⁴

Há entretanto a ressalva de que, se a função de reprodução disponível para a realização de cópias for mínima e não comparável a suportes comumente utilizados para a realização de cópias privadas, mínimo será o prejuízo e possível nesse caso o afastamento da incidência da compensação equitativa, como enuncia o Considerando 35 da Diretiva da Sociedade da Informação.²⁰⁵

Sobre a cobrança em componentes que integrem os equipamentos de reprodução e sobre possíveis disparidades que impliquem na incidência da compensação em determinados suportes e não em outros, o TJUE pontua que cabe ao próprio Tribunal de cada Estado-Membro verificar as diferenças entre os equipamentos e sua disponibilidade para a realização de cópias, de modo a evitar que equipamentos comparáveis - sejam enquanto suportes, sejam enquanto componentes desses suportes – sejam tratados de forma diferente.²⁰⁶

O que faz o TJUE é atribuir aos Tribunais dos Estados Membros autonomia para uma análise técnica sobre as funcionalidades dos equipamentos de reprodução. Difícil não questionar a efetividade desta orientação do ponto de vista prático. Se o próprio legislador e as entidades de gestão coletiva tem dificuldades em estabelecer critérios equânimes, os Tribunais certamente não terão melhor sorte nesta tarefa. Casos pontuais deverão ser levados aos Tribunais quando o fabricante ou distribuidor do equipamento de reprodução sentir-se lesado – como foi o caso da Nokia neste precedente.

O que arriscamos supor é que, neste âmbito, o fluxo de demandas judiciais dependerá das novas soluções tecnológicas disponibilizadas no mercado e da sensibilidade dos legisladores e entidades de gestão coletiva em escolherem os suportes elegíveis à compensação equitativa. Esta escolha deverá ser enunciada com disposições que permitam identificar com precisão de que modalidade de equipamentos se está a falar.

Foi, em certa medida, o que tentou fazer o legislador português, ao prever uma listagem dos equipamentos sujeitos ao pagamento da contribuição no Anexo da última alteração feita à Lei da Cópia Privada, numa tentativa de enumerar os produtos que serão onerados com a cobrança da compensação equitativa. Ocorre que, ao mesmo tempo em que a

²⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 26.

²⁰⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 26.

²⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 39-41.

listagem fechada atribui certa previsibilidade sobre os equipamentos sujeitos à compensação, ela pode se tornar, rapidamente, obsoleta com o avanço da tecnologia. Como já vimos, a própria listagem da lei portuguesa mereceu críticas ao prever a incidência da compensação sobre discos regraváveis e memórias USB - suportes cada vez mais em desuso – e ignorar a realidade do armazenamento remoto, como é o caso da *cloud*.

A possibilidade de inclusão da *cloud* nos sistemas de compensação equitativa já foi pontuada na Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de fevereiro de 2014 (2013/2014(INI), sobre as taxas relativas às cópias para uso privado. O Considerando “E” da Resolução destaca que os atuais sistemas de taxas relativas às cópias para uso privado não tem ainda em conta a evolução na era digital e que não existe um modelo alternativo para as tecnologias de *cloud* que garanta uma compensação adequada para os titulares de direitos. E nos n.º 29 e 30 há a recomendação para que se estude o impacto de um sistema de compensação equitativa para essa forma de armazenamento.²⁰⁷

Toda essa reflexão reforça uma dificuldade sintomática do sistema de compensação equitativa: a tecnologia tem ressignificado os equipamentos de reprodução. Hoje temos ainda alguns suportes exclusivos de reprodução, cada vez mais teremos dispositivos de memória integrados em suportes multifuncionais e em breve talvez apenas o armazenamento remoto.

O que talvez possamos retirar da conclusão do TJUE sobre este tema é que a mera capacidade de realização de reproduções para uso privado parece ser suficiente para incidência da compensação equitativa, seja qual for a forma e o veículo em que a reprodução se processará.

²⁰⁷ Considerando (E): “Considerando que, devido ao progresso técnico e à transferência para a Internet e a computação em nuvem, a importância económica da cópia digital para uso privado aumentou e que o sistema existente de taxas relativas às cópias para uso privado não tem devidamente em conta a evolução na era digital; considerando que, atualmente, ainda não existe um modelo alternativo neste domínio que garanta uma compensação adequada para os titulares de direitos, permitindo, simultaneamente, a cópia para uso privado; considerando que, entretanto, importa realizar um debate com o intuito de atualizar o mecanismo de cópia para uso privado, para que seja mais eficaz e tome em maior consideração o progresso técnico”. Sobre as licenças, há a menção à *cloud*, no n.º (29). “Salienta que, nestas circunstâncias, a exceção relativa às cópias para uso privado deve aplicar-se a certos serviços em linha, incluindo certos serviços de computação em nuvem”. E também no n.º (30): “Solicita à Comissão que avalie o impacto da utilização da tecnologia de computação em nuvem sobre o sistema relativo às cópias para uso privado, tendo em conta a oferta da possibilidade de reprodução e armazenamento de obras protegidas para fins privados, com o objetivo de determinar se essas cópias de obras protegidas para uso privado devem ser abrangidas pelos mecanismos de compensação e, em caso de resposta afirmativa, de que forma tal deverá ser feito”. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014, sobre as taxas relativas às cópias para uso privado (2013/2014(INI)). Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20140179+0+DOC+XML+V0//PT> >. Acesso em: 01 ago. 2016.

3.2.2 Responsabilidade pelo Pagamento

3.2.2.1 Os fabricantes, importadores e distribuidores dos equipamentos de reprodução como responsáveis pelo pagamento: Acórdão Stichting de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland (C-462/09), de 16.06.2011

Avaliados os objetos sujeitos à compensação equitativa no que toca a sua finalidade e características técnicas, a jurisprudência do TJUE avança também para a delimitação do responsável pelo pagamento da compensação equitativa.²⁰⁸

A Opus era uma sociedade com sede na Alemanha, que comercializava, através da Internet, suportes de reprodução virgens. As mercadorias eram expedidas da Alemanha para a Holanda, por conta e em nome do cliente, por um transportador postal contratado pela Opus. A Opus não pagava uma taxa por cópia privada pelos suportes que comercializava, nem na Holanda, nem na Alemanha.²⁰⁹

A *Stichting Thuiskopie*, entidade de gestão coletiva para a cópia privada da Holanda, demandou a Opus para o pagamento da compensação para cópia privada, sustentando que a Opus deveria ser considerada como “importadora” na aceção da Lei dos Direitos de Autor Holandesa e, consecutivamente, devedora da compensação equitativa. A Opus contestou que pudesse ser considerada importadora e que eram os compradores holandeses, ou seja, os consumidores individuais, que deveriam ser qualificados como importadores e responsáveis pelo pagamento da compensação equitativa.²¹⁰

A defesa da Opus foi deferida pelo Tribunal Holandês de primeira instância que proferiu sentença pela ausência do dever do pagamento. Em sede de recurso a decisão foi mantida. A *Stichting Thuiskopie* interpôs recurso para o órgão jurisdicional de reenvio que, por sua vez, submeteu ao TJUE duas questões prejudiciais: i) quem deve, na aceção da Diretiva da Sociedade da Informação, ser considerado devedor da compensação equitativa? e ii) se estiver em causa uma compra à distância, em que o comprador e o vendedor estão

²⁰⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland* (C-462/09). Data de Publicação: 16.06.2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85089&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=90574>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

²⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus S. Deutschland* (C-462/09), N.º 8-12.

²¹⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus S. Deutschland* (C-462/09), 2011, N.º 13-16.

estabelecidos em Estados-Membros diferentes, a compensação equitativa é devida em pelo menos um dos Estados-Membros envolvidos nessa compra à distância?²¹¹

As questões do Tribunal Holandês justificaram-se porque, em seu entender, considerar o consumidor final enquanto “importador” seria o mesmo que admitir que a compensação equitativa é, nesses casos, incobrável, visto que, na prática, o comprador individual é dificilmente identificável. Assim, seria importante que o TJUE esclarecesse se o conceito de “importador” e responsável pelo pagamento da compensação equitativa pode ser definido de modo mais amplo.²¹²

Quanto à primeira questão, respondeu o TJUE que a Diretiva da Sociedade da Informação deve ser interpretada no sentido de que o utilizador final que efetua, a título privado, a reprodução de uma obra protegida deve, em princípio, ser considerado devedor da compensação equitativa. Porém, ante a dificuldade de cobrança do utilizador final, é permitido aos Estados-Membros instaurar uma taxa por cópia privada a cargo das pessoas que disponibilizam equipamentos de reprodução ao utilizador final, visto que estas pessoas têm a possibilidade de repercutir o montante desta taxa no preço que o utilizador final paga pelo equipamento.²¹³

Em relação à segunda questão, concluiu o TJUE que incumbe ao Estado-Membro que instituiu um sistema de taxa por cópia privada a cargo do fabricante ou do importador de suportes de reprodução de obras protegidas, e no território em que ocorre o prejuízo causado aos autores pela utilização das obras para uso privado, garantir que estes autores recebam efetivamente a compensação equitativa. Assim, a simples circunstância de o vendedor de equipamentos, aparelhos ou suportes de reprodução estar estabelecido num Estado-Membro diferente daquele onde residem os compradores não deve impedir que este seja responsável pelo pagamento da compensação equitativa.²¹⁴

Alterando o entendimento dos tribunais holandeses de primeira e segunda instância, o que fez o TJUE foi deixar claro o dever de o Estado-Membro garantir que os autores recebam a compensação equitativa pela cópia privada, permitindo para tanto uma interpretação ampla do conceito de responsável pelo pagamento da compensação equitativa, de modo que isso

²¹¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus S. Deutschland* (C-462/09), 2011, N.º 17.

²¹² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus S. Deutschland* (C-462/09), 2011, N.º 16.

²¹³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus S. Deutschland* (C-462/09), 2011, N.º 18-29.

²¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus S. Deutschland* (C-462/09), N.º 30-41.

permita a cobrança de vendedores que não estejam localizados no Estado-Membro em que os equipamentos são comercializados.

Apesar de do ponto de vista teórico ser uma decisão que traz força aos sistemas de compensação equitativa dos Estados-Membros, não há como negar a dificuldade de aplicação prática das conclusões. A demanda pelo pagamento da compensação equitativa contra um fabricante/distribuidor situado em um Estado-Membro diferente de onde ocorre a aquisição do equipamento, dependerá muito da força de persecução e estrutura da entidade de compensação equitativa interessada em efetivar a cobrança.

3.2.3. O Prejuízo e a Distribuição

3.2.3.1 Irrelevância, para incidência da compensação equitativa, da autorização do titular dos direitos de autor e direito conexos para que o utilizador realize a reprodução para uso privado: Acórdão VG Wort et al v. Kyocera Mita et al (C-457/11 e C- 460/11), de 27.05.2013

Temos aqui um caso que submete diversas questões relevantes ao TJUE. Em síntese, a questão central deste julgamento consiste em saber se impressoras e equipamentos similares para uso doméstico podem ser equiparados à fotocopadoras e, por isso, sujeitos à compensação equitativa (novamente a discussão sobre as características dos equipamentos). E se forem sujeitos, se a de utilização de medidas de caráter tecnológico ou a existência de um consentimento tácito ou expresso dos titulares das obras não afastaria o dever de pagamento da compensação equitativa - pontos de bastante relevância ao nosso estudo e em relação ao qual deteremos agora nossa maior atenção.

A VG Wort é uma sociedade de gestão coletiva de direitos de autor da Alemanha, exclusivamente responsável pela representação dos autores e editores de obras literárias. Por conseguinte, em nome dos autores, tem direito a exigir uma remuneração aos fabricantes, importadores e distribuidores de aparelhos que realizam fotocópias. A remuneração referida é a “exceção da reprografia”, limite previsto no Artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva da Sociedade da Informação às reproduções em papel ou suporte semelhante, realizadas através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos

semelhantes, cuja possibilidade está condicionada à percepção, pelos titulares dos direitos, de uma compensação equitativa.²¹⁵

A VG Wort requereu, no âmbito de quatro processos distintos, esclarecimentos a fabricantes de impressoras e fotocopiadoras *Kyocera*, *Epson* e *Xerox* (C-457/11) *Canon* (C-458/11), *Fujitsu* (C-459/11) e *Hewlett Packard* (C-460/11) sobre a natureza e quantidade das impressoras disponibilizadas no mercado, desde 1 de janeiro de 2001, bem como sobre a capacidade desses aparelhos. Além disso, a VG Wort requereu que fosse declarado que as rés deviam pagar-lhe uma remuneração sobre computadores pessoais, impressoras e/ou *plotters* comercializados na Alemanha entre 2001 e 2007.²¹⁶

Na sequência da procedência dos pedidos em primeira instância e questões processuais que não são relevantes para a análise que aqui pretendemos, o *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal da Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais comuns a todos os processos, nomeadamente: i) Se deve a Diretiva da Sociedade da Informação ser levada em consideração na interpretação do direito nacional no que respeita a acontecimentos ocorridos após a data da sua entrada em vigor, em 22 de junho de 2001, mas antes da data fixada para o início da sua aplicação (22 de dezembro de 2002); ii) Se as reproduções com recurso a impressoras constituem reproduções realizadas através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou de qualquer outro processo com efeitos semelhantes na aceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva da Sociedade da Informação; iii) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão: se as exigências da em relação a uma compensação equitativa também podem ser cumpridas quando os devedores não são os fabricantes, os importadores e os comerciantes das impressoras, mas sim os fabricantes, os importadores e os comerciantes de outro equipamento ou de vários outros equipamentos integrados numa cadeia de equipamentos adequada à execução das respetivas reproduções; iv) Se a possibilidade de aplicação de medidas de carácter tecnológico, de acordo com o disposto no artigo 6.º da Diretiva da Sociedade da Informação, afasta a condição de uma compensação equitativa na aceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva e v) Se a

²¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al.* (C-457/11 e C-460/11). Data de Publicação: 27.06.2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138854&doclang=PT>>. Acesso em: 03 ago. 2016. N.º 14-18.

²¹⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C-460/11), 2013, N.º 15,21.

compensação equitativa pode ser afastada caso os titulares do direito tenham autorizado de forma expressa ou tácita a reprodução das suas obras.²¹⁷

Passemos a análise das respostas fornecidas pelo TJUE.

Quanto à primeira questão, respondeu o TJ/UE que os atos de utilização das obras e de outros materiais protegidos não são afetados pela Diretiva da Sociedade da Informação no que respeita ao período compreendido entre 22 de junho de 2001, data de entrada em vigor da referida Diretiva, e 22 de dezembro de 2002, data final do prazo para a sua transposição. Ou seja, este período não deve ser considerado para eventual cálculo das remunerações pretendidas pela VG Wort.²¹⁸

Sobre a segunda questão, o TJUE considera que as reproduções com recurso a impressoras, ou por qualquer outro meio que permita atingir um resultado semelhante ao obtido com a técnica fotográfica, ou seja, à representação analógica de uma obra ou de outro material protegido, constituem reproduções em termos suficientes para estarem sujeitas à exceção da reprografia, nos termos da Diretiva da Sociedade da Informação.²¹⁹

Assim – e agora já em resposta à terceira questão - a exceção da reprografia prevista pela Diretiva da Sociedade da Informação deve ser interpretada no sentido de que inclui as reproduções efetuadas através de uma impressora ou de um computador pessoal, nos casos em que esses aparelhos estão ligados entre si. Conclui o TJUE que os Estados-Membros podem criar um sistema no qual a compensação equitativa é paga pelas pessoas que têm um aparelho que contribua, de modo não autónomo, para o processo único de reprodução da obra, desde que o montante global da compensação equitativa não seja diferente, no essencial, do montante fixado para a reprodução através de um único aparelho.²²⁰

Sobre a quarta questão, o TJUE conclui que a não aplicação das medidas de carácter tecnológico não deve conduzir ao afastamento da compensação equitativa. É a mesma conclusão a que já havia chegado no julgamento do caso *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie* (C-435/12). As medidas tecnológicas de proteção tem carácter voluntário e os Estados-Membros devem ser encorajados a adotá-las de modo a permitir a melhor aferição e

²¹⁷ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), 2013, N.º 19,22.

²¹⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), 2013, N.º 24-29.

²¹⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), 2013, N.º 60-69.

²²⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), 2013, N.º 70-80.

cálculo da compensação equitativa. No entanto, a presença dessas medidas não torna inaplicável o dever de se estabelecer a compensação equitativa.²²¹

Sobre a quinta questão, concluiu o TJUE que a existência de uma eventual autorização do titular de direitos para a reprodução da sua obra não deve ter incidência na compensação equitativa. Na interpretação do Tribunal, a compensação equitativa tem lugar sempre que o limite da cópia para uso privado ou reprografia tenha sido previsto pela legislação do Estado Membro. Trata-se de um limite ao direito exclusivo de reprodução que detém o autor. Apenas se o direito de reprodução não encontrar, na legislação do Estado Membro, limitado pela exceção da cópia privada ou da reprografia, é que a compensação equitativa deixaria de ser devida já que nenhuma reprodução seria permitida sem a efetiva autorização do seu respectivo autor.²²²

Em síntese, decidiu o TJUE que as impressoras e computadores pessoais ou aparelhos que permitam a ligação às impressoras estão sujeitos à exceção da reprografia. A existência de eventual autorização do autor para reprodução da obra ou da utilização de medidas tecnológicas não impedem a incidência da compensação equitativa.

O que chama a atenção no presente julgamento e cuja reflexão parece ser importante ao presente estudo, prende-se à questão da irrelevância da autorização do titular do direito da obra reproduzida para afastar o dever de pagamento da compensação equitativa. A questão que emerge desta premissa parece ser a de uma possível dupla cobrança pela reprodução da obra: se ao adquiri-la o utilizador remunera o titular do direito pelas possíveis reproduções que poderá fazer, faria sentido incluir mais uma remuneração sobre o suporte que permitirá tal reprodução?

O tema foi pontuado meses antes do julgamento no parecer de ANTÓNIO VITORINO de 2013 - *Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies*, sobre o qual já nos referimos. Nele há a nota para a necessidade de debate da questão: quando os titulares de direitos são remunerados via acordos de licença pela utilização de suas obras, não parece ser justificável obrigar o consumidor a pagar ou a arcar

²²¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), 2013, N.º 48-59.

²²² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), 2013, N.º 30-40.

com o custo, pela segunda vez, de uma segunda remuneração através da compensação equitativa.²²³

A análise feita pelo acórdão não chega a avançar para o debate do problema da eventual segunda remuneração. Prende-se essencialmente, à opção do legislador da UE de prever um limite/exceção facultativo condicionado a uma compensação equitativa. Sendo uma faculdade do legislador, se o Estado-Membro optar por fazê-lo, deve condicioná-lo à compensação, cujo dever de instituir só estaria excluído se tal limitação não fosse transposta para o Estado-Membro. O que desta conclusão extraímos é que, para o TJUE a compensação equitativa é a condição para o limite da cópia privada e da reprografia não derogável pela existência de autorização prévia do titular da obra protegida.

JOÃO PEDRO QUINTAIS, ao analisar alguns pontos da jurisprudência do TJUE sobre a cópia privada, faz uma análise interessante sobre o problema da dupla remuneração, trazendo duas interpretações. A primeira e mais simples é a de que, se o estabelecimento da compensação equitativa é a condição para implementação do limite da cópia privada, a discussão sobre a existência ou não de autorização do autor para a cópia privada não vem a se colocar. É uma solução teórica, que afasta maior problematização sobre um possível duplo pagamento. E parece ter sido essa a maneira do TJUE abordar o tema. No entanto, justamente por ser uma solução teórica, é que ela não afasta a questão da efetiva existência de um duplo pagamento. Na prática, os consumidores continuarão a pagar pela aquisição/utilização da obra e ainda pela cópia privada. Tal solução contraria o princípio do prejuízo mínimo, previsto no Considerando 35 da Diretiva da Sociedade da Informação como uma possibilidade para afastar o dever da compensação equitativa. Não parece ser, portanto, uma solução livre de maiores questões.²²⁴

A segunda interpretação é menos óbvia, mas talvez, como concluiu o autor, mais acertada: se os Estados-Membros afastarem pela legislação a possibilidade qualquer autorização dos titulares de direitos para a cópia privada, a primeira interpretação (e instituição obrigatória de uma compensação equitativa) se aplica. Se, no entanto, os titulares

²²³ “In cases where rightholders are remunerated via licensing agreements, for the use (including the copying, as the case may be) of their works, it does not seem justified to make consumers pay a second time, in the form of levies. These and any other forms of double payment should be avoided”. Cfr. VITORINO, 2013, p. 2.

²²⁴ QUINTAIS, João Pedro. “Everything you always wanted to know about private copying but were afraid to ask (Case C-463/12 Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S)”. In: *KLUWER Copyright Blog*, 2015. Disponível em: < <http://kluwercopyrightblog.com/2015/03/16/everything-you-always-wanted-to-know-about-private-copying-but-were-afraid-to-ask-case-c-46312-copydan-bandkopi-v-nokia-danmark-as/> >. Acesso em: 16 jun. 2016.

de direitos puderem autorizar a realização de cópias privadas, a autorização não pode ser considerada um ato desprovido de qualquer efeito jurídico e deverá ser reconhecido um prejuízo mínimo e afastado o dever da compensação equitativa. Teríamos assim um sistema para a cópia privada com dois níveis: se o autor concedeu a autorização para a cópia privada, a compensação equitativa não se impõe. Se, entretanto, não a autorizou, devida será a compensação equitativa.²²⁵

De fato, a segunda solução parece ser mais justa e atenta a nova realidade de utilização dos equipamentos. No entanto, não podemos deixar de pensar na dificuldade prática de implementá-la. A compensação equitativa pela cópia privada incide sobre os equipamentos de reprodução. A autorização concedida pelo autor para a cópia privada é feita quando esse disponibiliza a obra. Parece que temos aqui dois caminhos paralelos: o equipamento e a obra intelectual. Não se consegue diferenciar se equipamento sujeito à compensação equitativa será utilizado para reproduzir obras cuja cópia privada tenha sido autorizada e obras cuja cópia privada não tenha sido autorizada. Caímos novamente em uma resposta teórica ao problema.

Refletiremos mais sobre o tema do duplo pagamento no ponto final deste trabalho. Por agora, conseguimos apontar que é uma questão de fato relevante, mas sem maior precisão de resposta na jurisprudência do TJUE, que parece oscilar em definir a compensação equitativa como condição para o limite da cópia privada, mas ao mesmo tempo, discutir os meandros de sua efetiva aplicação, ao debater exaustivamente a questão do prejuízo. A aproximação da precisão parece estar, como referimos e como novamente veremos, em mecanismos de isenção. Avançaremos na análise desses temas nos próximos acórdãos.

3.2.3.2 Critérios para Distribuição: Acórdão Austro-Mechana v. Amazon (C-521/11), de 11.07.2013 e Acórdão Austro-Mechana v. Amazon (C-572/14), de 21.04.2016

O Acórdão Austro-Mechana v. Amazon (C-521/11), de 11.07.2013 e Acórdão Austro-Mechana v. Amazon (C-572/14), de 21.04.2016 são permeados por diversos detalhes processuais, pelo que, para o estudo que aqui pretendemos, nos limitaremos a apresentar uma síntese das conclusões do TJUE.

²²⁵ QUINTAIS, João Pedro. “Everything you always wanted to know about private copying but were afraid to ask (Case C-463/12 *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S*)”, 2015.

A Austro-Mechana é uma sociedade de gestão coletiva da Áustria responsável pela cobrança das compensações equitativas para a cópia privada. A Amazon é um conhecido grupo internacional que comercializa diversos produtos através da Internet, dentre os quais suportes de gravação sujeitos a referida compensação. Os consumidores austríacos passaram a adquirir referidos suportes através de compras feitas pela internet em contratos celebrados com a *Amazon.com International Sales Inc.*, com sede nos Estados Unidos e com a *Amazon EU Sàrl*, com sede no Luxemburgo.²²⁶

A Austro-Mechana demandou a Amazon para pagamento compensação equitativa pela cópia privada pelos suportes de gravação comercializados na Áustria durante os anos de 2002 a 2004.²²⁷

O pedido foi julgado parcialmente procedente em primeira instância e, em sede de recurso, o *Oberster Gerichtshof* (Supremo Tribunal) na qualidade de órgão jurisdicional de última instância, submeteu algumas questões ao TJUE.

Foram quatro as questões e temas analisados: i) aplicação indiscriminada da taxa de compensação equitativa, quando da primeira distribuição do suporte no território, independentemente de sua finalidade servir à reprodução para uso privado;²²⁸ ii) presunção - ilidível - de uso privado sempre que os suportes sejam comercializados a pessoas singulares;²²⁹ iii) destino da compensação equitativa a instituições sociais e culturais criadas em benefício dos titulares de direitos²³⁰ e iv) possibilidade de isenção do dever de pagamento da compensação no Estado-Membro de distribuição em caso da existência de pagamento da compensação equitativa no Estado-Membro de origem do suporte comercializado.²³¹

Da apresentação das questões colocadas é possível constatar que os temas descritos nas questões i), ii) e iv) referem essencialmente a fatores de presunção para incidência da compensação equitativa. O i) referente à finalidade do suporte, o ii) sobre sua utilização por pessoas singulares e o iv) sobre o duplo pagamento. Assim como já verificamos em outros precedentes, todos são resolvidos pelo TJUE com recurso à alternativa de se instituir, em uma

²²⁶ Vide N.º 9-11. Cfr. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11). Data de Publicação: 11.07.2013. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d55ace5ec4c97740808914f169d6dd8e4a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=139407&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=693739> >. Acesso em: 7 jun. 2016.

²²⁷ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 12.

²²⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 16-37.

²²⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 38-45.

²³⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 46-55.

²³¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 56-66.

perspectiva prática, a cobrança generalizada, desde que sopesada por mecanismos que permitam ao responsável pelo pagamento demonstrar que a finalidade para uso privado ou que o utilizador pessoa singular não subsistem ou, ainda, que a compensação já foi paga em outro Estado-Membro.

Há, efetivamente, como já mencionamos, uma constatação da dificuldade prática de se estabelecer um sistema preciso de compensação equitativa. A solução encontrada pelo TJUE neste âmbito parece ser de assegurar a proporcionalidade das taxas tendo em conta o uso potencial – e não necessariamente efetivo - dos equipamentos para reprodução para uso privado.²³² A tentativa para alcance de uma maior exatidão e garantia de um justo equilíbrio vem sopesada por mecanismos de isenção e restituição da compensação equitativa quando a inexistência dos pressupostos para sua incidência seja demonstrada pelos interessados. São soluções que reconhecem as fragilidades dos sistemas de compensação equitativa instituídos pelos Estados-Membros, mas que não negam sua necessidade e sugerem mecanismos de ajustes.

Conforme ainda veremos, há um recente acórdão do TJUE que avalia com maior profundidade o tema dos mecanismos de isenção e reembolso (Acórdão *Microsoft Mobile Sales Internacional et al v. Ministro per i Beni e lê attivista cultural MIBAC et al*, C-110/2015, de 22.09.2016). Nele, o TJUE pontua que as isenções para a compensação equitativa devem ser baseadas em princípios transparentes e em igualdade de tratamento, e por intermédio de um mecanismo de fácil funcionamento.

Para além do tema referente aos requisitos para a cobrança da compensação equitativa, o Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11) aborda também a questão do destino e distribuição do valor recolhido. Este é ponto que gostaríamos de agora destacar.

O acórdão pontua que a compensação equitativa dever ser vista como a contrapartida do prejuízo sofrido pelos titulares do direito exclusivo de reprodução em razão da introdução da exceção de cópia privada, e que esta deve ser calculada com base nesse prejuízo. No entanto, tal premissa não impede que uma parte das receitas destinadas à compensação equitativa seja paga indiretamente aos titulares, por intermédio de instituições sociais e culturais criadas em seu benefício.²³³

²³² SANTOS; ROSA, 2016, p. 36.

²³³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 49.

Assim, destinar a compensação a instituições sociais e culturais criadas em benefício dos titulares dos direitos não é contrário ao objeto da referida compensação, desde que essas instituições beneficiem efetivamente os referidos titulares e que as modalidades de funcionamento não sejam discriminatórias.²³⁴ Não estaria ainda em conformidade com o objeto do sistema de compensação equitativa previsto pela Diretiva da Sociedade da Informação que a compensação fosse atribuída a pessoas que não sejam os titulares ou dele excluíssem, os que não dispõem da nacionalidade do Estado-Membro em causa. Feitas essas ressalvas, o acórdão conclui pela possibilidade de distribuição indireta da compensação equitativa.²³⁵ O tema tem ainda novos contornos quando pensamos na distribuição que é feita aos Editores, conforme veremos no próximo ponto.

Por fim, cumpre ainda apontar que outro processo envolvendo a Austro-Mechana e a Amazon, (C-572/14, de 21.04.2016)²³⁶ apreciou se os órgãos jurisdicionais austríacos teriam competência internacional para conhecer da ação judicial da Austro-Mechana contra a Amazon ao pagamento das compensações equitativas.

Decidiu o TJUE que, como o fato danoso (prejuízo pelo não pagamento da compensação equitativa) ocorre na Áustria, os tribunais desse Estado-Membro são competentes para conhecer do pedido da Austro-Mechana para obter a condenação da Amazon ao pagamento da referida remuneração.²³⁷

A conclusão vem da interpretação do Art. 5.º, n.º 3, do Regulamento N.º 44/2001 - relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. O preceito determina que, para a resolução dos litígios de matéria extracontratual, é competente o tribunal onde ocorreu ou poderá ocorrer o fato danoso. O dever de pagamento da compensação equitativa foi considerado pelo TJUE como “matéria extracontratual”. Isso porque a obrigação de pagar a compensação equitativa à Austro-Mechana não fora livremente consentida ou acordada com a Amazon por meio de um contrato, mas sim, imposta pelo direito austríaco em função do reconhecimento de que a

²³⁴ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 53.

²³⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11), 2013, N.º 54.

²³⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-572/14). Data de Publicação: 21.04.2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d537e4e809c9e644f28064c9347687c486.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=176804&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occc=first&part=1&cid=1048414>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

²³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-572/14), N.º 52-53.

comercialização de suportes de reprodução para uso privado implica em prejuízo aos titulares de Direitos de Autor e Direitos Conexos.²³⁸

3.2.3.3 A Aferição do Prejuízo e o Editor enquanto Beneficiário da Compensação Equitativa: Acórdão Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL (C-572/13), de 12.11.2015

O Acórdão *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13) - doravante Acórdão *HP v Reprobel* - de 12 de novembro de 2015, discute também diversas questões controversas da compensação equitativa.²³⁹ Em suma, estão novamente em causa os temas do cálculo adequado e o destino e distribuição da compensação. Conforme veremos, há neste acórdão duas conclusões bastante interessantes. A primeira, em reforço à necessidade de demonstração de efetivo e real prejuízo para incidência da compensação e, talvez, relativizando o posicionamento dos acórdãos anteriores que pareciam mais confortáveis com a ideia da presunção do dano. A segunda, pela inadmissibilidade da figura do editor enquanto destinatário da compensação equitativa, ponto de bastante relevância para a lei portuguesa (em que o editor consta como beneficiário), conforme ainda veremos.

Passemos a uma breve apresentação do contexto do julgamento.

Na Bélgica, a Hewlett-Packard atua como importadora de equipamentos de reprografia para uso profissional e doméstico, nomeadamente impressoras “multifunções” que têm por principal função imprimir documentos a velocidades que variam consoante a qualidade da impressão.²⁴⁰

A Reprobel é a sociedade de gestão coletiva da Bélgica encarregada de cobrar e distribuir as quantias correspondentes à compensação equitativa a título da exceção de reprografia e pretendia cobrar da Hewlett-Packard o pagamento de uma taxa de 49,20 Euros por impressora.²⁴¹

²³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-572/14), N.º 37-38.

²³⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Acórdão HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13). Data de Publicação: 12.11.2015. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171384&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10416> >. Acesso em: 9 mai. 2016.

²⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 13.

²⁴¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 14.

Em desacordo com referida cobrança, a Hewlett-Packard intentou uma ação contra a Reprobel no *Tribunal de Première Instance de Bruxelles* (Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas), requerendo a declaração da inadmissibilidade da cobrança e, ainda, que a Reprobel fosse condenada a efetuar, no prazo de um ano, um estudo sobre o número de impressoras em litígio e a sua utilização efetiva como fotocopiadoras de obras protegidas, destinado a comparar essa utilização com as utilizações efetivas de qualquer outro aparelho de reprodução de obras protegidas.²⁴²

A Reprobel, em contrapartida, também ajuizou uma ação contra a Hewlett-Packard para que esta fosse condenada a pagar-lhe o montante das remunerações que considerava serem devidas.²⁴³

O Tribunal de *Première Instance de Bruxelles* limitou-se a declarar que os dispositivos da Lei de Direito de Autor da Bélgica que dispunham sobre a recolha e distribuição da compensação equitativa aos editores eram incompatíveis com o direito da União.²⁴⁴

Ambas as partes recorreram e a *Cour d'appel de Bruxelles* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais que referem, essencialmente, aos seguintes temas: i) se a expressão “compensação equitativa” utilizada na Diretiva da Sociedade da Informação em seu Art.º 5.º, n.º 2, alínea a), e no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), deve ser interpretada de forma diferente consoante a reprodução para reprografia, seja efetuada por qualquer utilizador ou por uma pessoa singular para seu uso privado e sem fins comerciais, diretos ou indiretos. Em outras palavras: há que se diferenciar a reprografia/impressão feita para fins comerciais daquela feita pelo utilizador em contexto privado?²⁴⁵

Na sequência, as questões avançam para o tema do ii) cálculo da compensação equitativa, questionando se esta pode: a) constituir uma remuneração fixa calculada em função da velocidade com que a fotocopiadora pode realizar um número de cópias por minuto, sem outra ligação com o prejuízo eventualmente sofrido pelos titulares de direitos; b) uma remuneração proporcional, determinada unicamente por um preço unitário multiplicado pelo número de cópias realizadas, que varia consoante o devedor tenha cooperado ou não na

²⁴² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 16.

²⁴³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 17.

²⁴⁴ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 19.

²⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 21.

cobrança desta remuneração, a qual é devida pelas pessoas singulares ou coletivas que realizam cópias de obras ou pelas pessoas que colocam, a título oneroso ou gratuito, um aparelho de reprodução à disposição de outrem.

Ainda sobre o tema do cálculo questiona-se se iii) é possível instituir um sistema indiferenciado de cobrança da compensação equitativa sob a forma de uma quantia fixa e de um montante por cópia realizada, que em parte abrange implicitamente, a cópia de partituras musicais e de reproduções ilícitas?²⁴⁶

Na sequência, avança-se sobre os critérios de distribuição e sujeitos de destino da compensação equitativa, questionando se iv) os Estados-Membros podem atribuir metade da compensação equitativa a favor dos titulares de direitos aos editores de obras criadas pelos autores, sem nenhuma obrigação para os editores de fazerem os autores beneficiarem-se, mesmo que indiretamente, de uma parte da compensação.

Partindo da primeira questão, o Tribunal examinou se há que diferenciar as reproduções de reprografia/impressão feita para fins comerciais daquela feita pelo utilizador em contexto privado e concluiu que é preciso estabelecer uma distinção entre as mesmas. O problema se coloca porque a exceção para reprografia não identifica seus utilizadores, a finalidades da reprodução (se para fins privados e comerciais) e, com isso, as exceções da reprografia e uso privado podem acabar por se sobrepor parcialmente.²⁴⁷ Decidiu o TJUE que as reproduções realizadas por utilizadores que não sejam pessoas singulares, bem como as realizadas por pessoas singulares para um uso que não seja privado ou para fins comerciais, só são abrangidas pela exceção de reprografia.²⁴⁸

O que faz o TJUE é identificar níveis diferentes de prejuízos na utilização de uma impressora para fins privados e na utilização da mesma com fins comerciais. Na aceção do Tribunal, a compensação equitativa deve ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores de obras protegidas e, nessas situações, os prejuízos são diferentes.²⁴⁹ Apesar de não consignar expressamente, o que o acórdão permite concluir é que o dano causado nas impressões realizadas com fins comerciais apresentam um nível maior de

²⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 21.

²⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 32-33.

²⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 34.

²⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 36.

prejuízo aos titulares de direitos das obras copiadas do que aquelas realizadas por pessoas singulares para fins privados. E isso deverá refletir no nível da compensação equitativa.²⁵⁰

O TJUE socorre-se às conclusões do Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), de 21.10.2010 – aplicável à exceção da cópia privada e que pontua como requisitos para a fixação da compensação equitativa a finalidade da utilização do equipamento e a existência de dano – para justificar a necessidade de se fazer a mesma interpretação para a compensação equitativa aplicável à reprografia. Foi o mesmo raciocínio utilizado pelo TJUE no Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), de 27.05.2013. Tudo porque a compensação equitativa deve ser um conceito a ser interpretado de maneira uniforme pelos Estados-Membros.²⁵¹

Novamente, assim como já apontamos em apreciações anteriores, não há, na conclusão do TJUE, maior solução prática. E aqui, avançamos um pouco na reflexão. Porque talvez não lhe caiba fazê-lo. Cabe aos Estados Membros ajustarem seus sistemas à interpretação e ao legislador da UE legislar de modo a que menos dúvidas de interpretação sejam suscitadas. O que retiramos dessa conclusão é que novamente a ideia de finalidade da utilização do equipamento de reprodução (para fins privados) e a existência de um prejuízo (efetivo) devem basilar os sistemas de compensação equitativa. No que toca ao prejuízo, parece estar aqui a maior dificuldade e é o que se reflete nas questões seguintes submetidas ao TJUE, que abordam os critérios de incidência e cálculo da compensação equitativa.

Em resposta à segunda questão, que questionava se a fixação da compensação equitativa poderia ser baseada em uma remuneração fixa de acordo com a velocidade de impressão dos equipamentos ou, necessariamente, em uma remuneração proporcional de acordo com o número de cópias realizadas pelos utilizadores finais, o TJUE entendeu que o sistema deverá combinar uma remuneração fixa instituída previamente e uma remuneração proporcional determinada após a colocação do equipamento no mercado, desde que inclua mecanismos de reembolso, destinados a corrigir qualquer situação de “excesso de compensação”. Neste ponto, o acórdão chega à mesma conclusão exarada no Acórdão *Austromechna v. Amazon* (C-521/11). Novamente, a exigência do efetivo prejuízo é confrontada com a dificuldade prática de aferi-lo e alternativas que combinem mais de um critério são indicadas pelo TJUE como a saída adequada aos Estados-Membros para

²⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 41.

²⁵¹ UNIÃO EUROPEIA, *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 35-36.

preverem um sistema de compensação equitativa em conformidade com a Diretiva da Sociedade da Informação.²⁵²

Outra questão interessante que o acórdão aborda diz respeito à possibilidade do sistema incluir implicitamente, a cópia de partituras musicais e de reproduções contrafeitas a partir de fontes ilícitas.²⁵³

Sobre a inclusão das reproduções de fonte ilícita, o acórdão é assertivo quanto a impossibilidade de sua inclusão, utilizando-se das conclusões do Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, (C-435/12) e remetendo-as como aplicáveis também à exceção da reprografia.²⁵⁴ Sobre as reproduções de partituras o entendimento é de que estas também não devem ser incluídas no cálculo da compensação equitativa. Ao estabelecer a exceção da reprografia no Art. 5.º, 2 a) da Diretiva da Sociedade da Informação exclui expressamente qualquer tipo de reprodução das mesmas sem autorização dos titulares de direito. E o entendimento também deve ser extensivo à eventual reprodução para uso privado.²⁵⁵ Parte, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar, de uma opção do legislador comunitário em razão da natureza da partitura enquanto obra intelectual cuja cópia constitui certa apropriação da própria criação intelectual do compositor.

A última e talvez mais sensível questão abordada pelo acórdão diz respeito à possibilidade de se atribuir metade da compensação equitativa aos editores, sem nenhuma obrigação destes fazerem os autores beneficiarem-se, mesmo que indiretamente, de uma parte da compensação.²⁵⁶

A posição do TJUE é de que, no âmbito da Diretiva da Sociedade da Informação, os editores não estão entre os titulares de direitos de reprodução. Para o TJUE, a compensação equitativa se destina a compensar os prejuízos sofridos pelos titulares dos direitos como resultado da reprodução das suas obras sem sua autorização. Não sendo titulares do direito de reprodução, não são os editores suscetíveis a nenhum dano para o propósito da exceção da reprografia e cópia privada, motivo pelo qual não devem ser beneficiários da distribuição da compensação equitativa.

²⁵² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 65-88.

²⁵³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 50- 64.

²⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 57.

²⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 53-54.

²⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 44-49.

A decisão do TJUE vem, em parte, de acordo com o parecer apresentado antes do julgamento, em 5 de setembro de 2015, pela *European Copyright Society* (ECS). Assinado por quinze professores de nove países (Espanha, França, Bélgica, Holanda, Noruega, Itália, Alemanha, Reino Unido e Irlanda), o parecer refuta com veemência a possibilidade de inclusão dos editores enquanto beneficiários da compensação equitativa. A conclusão é de que a Diretiva da Sociedade da Informação proíbe um sistema de compensação equitativa pela reprografia ou cópia privada que beneficie outras pessoas para além dos autores. O parecer parte do pressuposto de que o Direito de Autor não deve, originariamente, ser atribuído a pessoas diferentes do criador intelectual. A proteção dos editores deve ser alinhavada em contratos celebrados com os criadores intelectuais ou por meio dos direitos conexos outorgados pelas leis de cada Estado Membro, mas não por medidas que o equiparem aos autores.²⁵⁷

A única margem que o TJUE parece conceder para uma possibilidade de inclusão dos editores é de que estes tenham uma obrigação, ainda que indireta, de fazer com que os autores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados.²⁵⁸ É o que também já havia concluído, como vimos, no Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (N.º 53, C-521/11) onde o TJUE decidiu que a atribuição da compensação equitativa a instituições sociais e culturais criadas em benefício dos titulares dos direitos não é contrário ao objeto da referida compensação, desde que essas instituições beneficiem efetivamente os referidos titulares.

Para ANTÔNIO PAULO SANTOS e VICTOR CASTRO ROSA, o que a jurisprudência do TJUE vem proibir é que os Estados-Membros prevejam uma compensação equitativa aos editores que prive os autores da compensação a que tem direito e prejudique o que tem a

²⁵⁷ “Copyright law is linked to the freedom of the authors to create and should remunerate the creative authors in first instance. Therefore copyright law should not grant rights *ab initio* to person other than the individual creators. This principle (the “author principle”) applies to the exclusive rights within the copyright bundle. It also applies to any right to remuneration provided by law to compensate for the exempted uses of copyright-protected works. We believe copyright is not the correct instrument by which to confer rights on legal entities to protect their investments. There are many instances where publishers or producers deserve to get an adequate protection, but their protection should derive either from the contracts concluded with the individual creators or by way of a related right granted by law. The European Copyright Society (ECS) believes the Court of Justice of the EU should clearly reaffirm the importante principle of initial authorship for creators”. Cfr. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY. *Opinion of The Reference to the CJEU in case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL*. 2015. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B6d07lh0nNGNUHhrTUZoSm9uOWs/view>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

²⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), 2015, N.º 48-49.

receber. Mas não quer dizer que os Estados-Membros não possam estender aos editores uma compensação, desde que esses beneficiem, ainda que indiretamente, os autores.²⁵⁹

Novamente, encontramos na jurisprudência um posicionamento ainda insuficiente para harmonizar o tema. Assim como na questão do prejuízo, parece-nos que o TJUE começa a abordagem da questão com base em pressupostos firmes de convicção (pela inadmissibilidade do editor enquanto beneficiário da compensação equitativa) mas que são de certa forma flexibilizáveis do ponto de vista prático.

Na sequência do julgamento, a Comissão Europeia lançou uma consulta pública, aberta até 15 de junho de 2016, a fim de averiguar se se justifica a introdução, mediante norma da UE, de um direito conexo a favor dos editores.²⁶⁰ As conclusões da consulta foram publicadas em 14 de setembro de 2016 juntamente com uma Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital. O Considerando 36 da Proposta traz o pressuposto de que os editores fazem um investimento para a exploração das obras e podem, em alguns casos, serem privados de receitas quando as obras são utilizadas nos âmbitos da exceção da reprografia e da cópia privada. A fim de ter em conta esta situação e melhorar a segurança jurídica para todas as partes interessadas, os Estados-Membros devem ser autorizados a determinar que, quando um autor tenha transferido ou licenciado seus direitos a um editor e existe um sistema de compensação equitativa instituído para remunerar os danos causados por uma exceção ou limitação, os editores têm direito a reclamar uma parte dessa compensação.²⁶¹

²⁵⁹ SANTOS; ROSA, 2016, p. 37.

²⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Synopsis reports and contributions of the results of the public consultation on the role of publishers in the copyright value chain and on the 'panorama exception'*. 2016b. Disponível em: < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-reports-and-contributions-results-public-consultation-role-publishers-copyright-value> >. Acesso em: 16 set. 2016.

²⁶¹ “(36) Publishers, including those of press publications, books or scientific publications, often operate on the basis of the transfer of authors' rights by means of contractual agreements or statutory provisions. In this context, publishers make an investment with a view to the exploitation of the works contained in their publications and may in some instances be deprived of revenues where such works are used under exceptions or limitations such as the ones for private copying and reprography. In a number of Member States compensation for uses under those exceptions is shared between authors and publishers. In order to take account of this situation and improve legal certainty for all concerned parties, Member States should be allowed to determine that, when an author has transferred or licensed his rights to a publisher or otherwise contributes with his works to a publication and there are systems in place to compensate for the harm caused by an exception or limitation, publishers are entitled to claim a share of such compensation, whereas the burden on the publisher to substantiate his claim should not exceed what is required under the system in place”. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market (COM(2016) 593 final). 2016a.

Assim, temos que a conclusão do Acórdão *HP v. Reprobel* (C-572/13) foi flexibilizada em proposta legislativa da Comissão e o atual contexto é pela admissibilidade da figura do editor enquanto parte elegível à perceção da compensação equitativa.

É, conforme veremos, o que encontramos na lei portuguesa: a atribuição da compensação equitativa ao editor já estava prevista no Art. 76.º, n.º 1, b do CDADC, tendo sido o montante estipulado pela Lei da Cópia Privada e em valor equivalente ao do autor: 50% para organismos representantes dos autores e 50% para dos editores.

Não conseguimos deixar de discordar com o cenário legislativo existente em Portugal e prestes a se consolidar no âmbito da UE. O que extraímos do debate é que o legislador parece estar a assumir uma posição económica e não jurídica. Um retorno aos paradigmas do *Stationers' Company* e do Grémio dos Livreiros de Paris, cujo desenlace foi tão custoso e tão importante ao Direito de Autor. Como já antecipado por JOSÉ ALBERTO VIEIRA em análise à opção feita pelo legislador português, a explicação da solução proposta revela um movimento progressivo dos agentes económicos pela espoliação da remuneração que deveria ser atribuída exclusivamente ao criador intelectual.²⁶²

De todas as questões que o Acórdão *HP v. Reprobel* (C-572/13) nos coloca, talvez seja possível arriscar uma conclusão: a conformação de um sistema de compensação equitativa pela cópia privada, que verdadeiramente identifique os prejuízos sofridos pelos autores e reflita um sistema de recolha e distribuição justos é ainda um processo cuja precisão aparenta ser de difícil alcance.

3.2.4 Isenção e Reembolso

3.2.4.1 A Obrigatoriedade de Mecanismos de Isenção e Reembolso: Acórdão Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) e tal (C-110/2015), de 22.09.2016

Conforme vimos no Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-521/11), de 11.07.2013, os mecanismos de isenção e reembolso constituem uma tentativa para alcance de uma maior

²⁶² VIEIRA, José Alberto Coelho. “A posição do editor na cópia privada”. In: *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 1, p. 151-159, 2014. p. 158-159.

exatidão nos sistemas de compensação equitativa. São eles que permitirão que o dever de pagamento seja afastado em situações em que os equipamentos efetivamente não se destinem a realização de cópias para uso privado ou em situações escolhidas pelo legislador para o efeito (no caso de Portugal, conforme ainda veremos, quando os equipamentos destinem-se a atividades para salvaguarda do património cultural móvel; uso exclusivo da atividade profissional do autor, para fins clínicos, missões públicas de defesa, justiça, áreas de segurança interna e investigação científica e garantia de acessibilidade para pessoas com deficiência).²⁶³

Recentemente, o TJUE analisou com maior afinco o tema das isenções/reembolsos no Acórdão *Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) et al* (C-110/2015), de 22.09.2016 e parametrizou algumas questões importantes.²⁶⁴

Diversos fabricantes e distribuidores de computadores pessoais, telemóveis e câmaras fotográficas interpuseram no *Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio* (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) recursos destinados a obter a anulação de um Decreto da lei italiana, que sujeitava ao pagamento da compensação equitativa, pessoas que utilizavam equipamentos com finalidades manifestamente diferentes das da cópia privada, designadamente de pessoas coletivas e pessoas singulares no âmbito de suas atividades profissionais. Os recorrentes questionavam também a ampla margem de liberdade das entidades de gestão coletiva para designarem os casos de isenção e o procedimento de reembolso.²⁶⁵

O *Consiglio di Stato* (Conselho de Estado, Itália) optou por submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais: i) se, no caso de suportes e de dispositivos adquiridos para fins exclusivamente profissionais, a determinação dos critérios de isenção poderá estar sujeita a protocolos com as entidades de gestão coletiva? E ii) se o reembolso da compensação

²⁶³ Art. 4.º da Lei da Cópia Privada.

²⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) et al* (C-110/2015). Data de Publicação: 22.09.2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171384&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10416>>. Acesso em: 29 set. 2016.

²⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA, *Msft Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 13-15.

equitativa paga por dispositivos adquiridos para uso profissional pode ser pedido apenas pelo utilizador final e não pelo fabricante e distribuidor desses equipamentos?²⁶⁶

O TJUE começa por consignar que os Estados-Membros gozam de uma ampla margem de liberdade para determinar quem deve pagar a compensação equitativa. E para estabelecer a forma, modalidades e níveis de pagamento. Deverá, entretanto, existir um vínculo entre a aplicação da compensação equitativa e a utilização dos equipamentos para a cópia privada.²⁶⁷

Assim, como já pontuado nos demais acórdãos, tendo em conta as dificuldades práticas para identificar os utilizadores privados e obrigá-los a indemnizar os titulares do direito, o dever de pagamento deve ser atribuído aos fornecedores e distribuidores que disponibilizam esses equipamentos a particulares, desde que haja mecanismos de isenção e reembolso capazes de afastar esse dever de pagamento quando a compensação não seja devida.²⁶⁸

Para o TJUE, os mecanismos de isenção/reembolso devem ser efetivos e não devem tornar excessivamente difícil a restituição do montante dos valores pagos, a fim de viabilizar eventuais correções de desequilíbrios criados pelo sistema de compensação equitativa.²⁶⁹ No entanto, o sistema da lei italiana submetido à apreciação do TJUE não apresentava essas características.

A lei italiana não tem uma previsão legal que isente do pagamento da compensação equitativa os produtores e os importadores que demonstrem que os aparelhos e suportes foram adquiridos por pessoas coletivas, para fins manifestamente alheios aos da realização de cópias para uso privado. A lei limita-se a impor uma obrigação a uma entidade de gestão coletiva para que esta promova a celebração de protocolos de acordo com as pessoas obrigadas ao pagamento da compensação equitativa. Daqui decorre que os produtores e os importadores que se encontrem em situação comparáveis são suscetíveis de ser tratados de maneira diferenciada, consoante tenham ou não celebrado um protocolo de acordo com a entidade de gestão coletiva.²⁷⁰

²⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msft Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 16.

²⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msft Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 27-29.

²⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msft Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 31-34.

²⁶⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msft Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 37.

²⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msft Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 40 e 47.

Para além disso, o procedimento de reembolso previsto pela entidade de gestão coletiva italiana prevê que o reembolso apenas possa ser pedido pelo utilizador final pessoa coletiva, desde que este não seja o fabricante ou importador dos suportes e dispositivos.²⁷¹

Para o TJUE tais medidas não conseguem viabilizar isenções e reembolsos de maneira justa e, portanto, não estão conforme à Diretiva da Sociedade da Informação.²⁷²

As conclusões do acórdão pontuam a necessidade de um sistema de isenções com previsão legal (e não a depender de protocolos com entidades de gestão coletiva) e sistemas de reembolso consubstanciados em situações de efetiva ausência de uso privado dos equipamentos (e não mediante exclusão de sujeitos que possam demonstrar essa condição).

Mas o que de mais relevante retiramos do acórdão parece ser o despontar para a importância dos mecanismos de isenções e reembolso como alternativas disponíveis para equilibrar os sistemas de compensação equitativa para a cópia privada. Em meio às dificuldades que a evolução digital coloca à cópia privada, o fortalecimento dessas hipóteses talvez seja, de imediato, a forma de conceder maior precisão aos sistemas.

3.3 SÍNTESE DAS PRINCIPAIS QUESTÕES

A jurisprudência do TJUE permite-nos identificar algumas questões problemáticas dos sistemas de cópia privada instituídos pelos Estados Membros. São em grande parte, e conforme ainda veremos, os mesmos problemas que vemos refletidos na lei portuguesa. Arriscamos dizer que as controvérsias anunciem uma possível crise. Crise que não é fim, mas processo, transição.

ANTÓNIO VITORINO, no relatório apresentado à Comissão Europeia em 2013, já antecipara que os novos modelos de negócio e as alterações dos padrões de consumo dos conteúdos criativos sinalizavam, em um futuro próximo, um enfraquecimento dos sistemas de compensação equitativa para a cópia privada. No entanto, não se trata de um processo imediato e, enquanto isso, há ainda a necessidade de os Estados-Membros assegurarem que

²⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msf Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 51.

²⁷² UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Msf Mobile et al v. MIBAC et al* (C-110/2015), 2016, N.º 56.

os sistemas em vigor sejam consistentes e efetivos.²⁷³ E é justamente esse ajuste, essa busca por maior correção que vemos refletidos na jurisprudência do TJUE.

O tema da licitude e ilicitude da obra copiada parece ter sido aquele definido com maior precisão. De todos os precedentes, o acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie* (C-435/12) conseguiu, sem concessões, afastar uma possível tolerância (e um implícito fomento) da utilização para uso privado de obras objeto de contrafação ou pirataria. A consolidação desse pressuposto veio também ligada à preocupação de fazer com que a compensação equitativa representasse uma retribuição atenta à legítima finalidade da utilização dos equipamentos sujeitos à retribuição: a reprodução de obras adquiridas licitamente. Onerar os suportes com a presunção de que se destinam também a reproduzir obras adquiridas ilicitamente, seria como atribuir um encargo excessivo aos utilizadores, embasado em um comportamento não tolerável juridicamente.

Da conclusão do acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie* (C-435/12) chegamos a um tema comum a todos os demais precedentes: a delimitação de um sistema de compensação equitativa que equilibre de maneira adequada os interesses dos titulares de direitos e dos utilizadores e que reflita de forma consistente o (possível) prejuízo causado pelas cópias privadas. O tema do prejuízo – e a dificuldade de demonstração – é um ponto controverso claramente assumido pela jurisprudência do TJUE.²⁷⁴

Os precedentes espanhóis *Padawan v. Sgae* (C-467/08), de 21.10.2010 - e o mais recente *EGEDA et al v. Administração do Estado et al* (C-470/14), de 09.06.2016 debateram a questão do prejuízo enquanto pressuposto para incidência da compensação equitativa. Foi o acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), que fixou expressamente que o conceito de compensação equitativa deve ser caracterizado como um conceito autônomo de Direito da União, ou seja, um conceito que deve ser sim interpretado de maneira uniforme em toda a União Europeia. Na sequência, concluiu que: (i) é necessário um vínculo entre a aplicação da compensação equitativa e a utilização presumida do equipamento para a realização de cópias para uso privado (esta também a conclusão do acórdão *EGEDA et al v. Administração do Estado et al*, C-470/14) e (ii) a existência de um “possível prejuízo” sofrido pelo autor em função do ato de reprodução em causa.

²⁷³ VITORINO, 2013, p. 2.

²⁷⁴ SANTOS; ROSA, 2016, p. 38.

Sobre o (i) necessário vínculo entre a aplicação da compensação equitativa e a utilização presumida do equipamento para a cópia privada, encontramos em outro precedente certa relativização desta ideia. O acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), de 05.03.2015 veio a consolidar o entendimento de que a mera capacidade de um equipamento realizar reproduções é suficiente para justificar a aplicação da compensação equitativa pela cópia privada. Assim, mesmo que função de reprodução seja uma funcionalidade secundária do equipamento, para fins de incidência da compensação equitativa é suficiente supor que os utilizadores finais irão explorar todas as funcionalidades do equipamento. Daqui identificamos a admissibilidade pela jurisprudência do TJUE de determinadas “presunções” sobre a finalidade da utilização dos equipamentos concedendo uma certa flexibilidade às conclusões exaradas no acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08).

Da conclusão sobre o (ii) prejuízo, um problema: a dificuldade prática de identificar cada utilizador que utilize o suporte adquirido para a realização de uma cópia para uso privado. A solução: determinar que a compensação equitativa seja paga pelas pessoas que disponibilizam os suportes para venda (fabricantes e importadores) desde que essas tenham a possibilidade de repercutir o encargo no preço de venda ao público.

Foi a mesma conclusão a que chegou o Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-521/11), de 11.07.2013. Temos a constatação da dificuldade prática de se estabelecer um sistema preciso de compensação equitativa, motivo pelo qual se busca o uso potencial – e não necessariamente efetivo – dos equipamentos para reprodução para uso privado. A tentativa para alcance de uma maior exatidão e garantia de um justo equilíbrio vem sopesada por mecanismos de isenção e reembolso capazes de permitir que o dever de pagamento da compensação equitativa seja afastado em situações em que os equipamentos efetivamente não se destinem a realização de cópias para uso privado ou em situações escolhidas pelo legislador para o efeito. A relevância desses mecanismos e a necessidade de constituírem alternativas equânimes e sem maior complexidade foi ressaltada pelo recente Acórdão *Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) et al* (C-110/2015), de 22.09.2016.

É, entretanto, difícil não questionar uma volatilidade da jurisprudência quanto à questão do prejuízo. Uma volatilidade justificável pelas dificuldades práticas. A utilização das obras intelectuais é um fenómeno disperso, complexo. No âmbito do limite da cópia privada tem ainda um elemento próprio: a privacidade do utilizador. Presume-se uma

utilização de difícil aferição. E a consequência disso é sim a profusão de sistemas de compensação equitativa que demandem ajustes.

Observando com a atenção as conclusões do TJUE, identificamos uma possível lacuna na interpretação e talvez, uma questão de fundo para todo o sistema da cópia privada: de onde é possível concluir que a utilização de equipamentos para a reprodução para uso privado efetivamente cause prejuízo aos titulares de direitos das obras protegidas? O vínculo entre a utilização privada e o dever de pagamento da compensação equitativa é feito com base em uma constatação geral, uma presunção de que os autores “perdem” direitos patrimoniais quando suas obras são reproduzidas em suportes de cópia para uso privado. Ora, a aquisição de uma obra intelectual já não pressupõe a possibilidade da cópia privada? Especialmente no contexto digital, onde, como ainda exemplificaremos, grande parte das licenças já pressupõe a utilização da obra em mais de um suporte?

Encontramos o tema do possível “duplo pagamento” apreciado com maior destaque em apenas um dos precedentes: o Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), de 27.05.2013. E, nele, a conclusão do TJUE é pela ausência de impacto à aferição da compensação equitativa. Pontua-se a irrelevância da autorização do titular do direito da obra reproduzida para afastar o dever de pagamento da compensação equitativa. Como vimos, a análise feita pelo acórdão não chega a avançar em detalhe para o debate do problema da eventual segunda remuneração. Prende-se essencialmente à opção do legislador da UE de prever um limite/exceção facultativo (como é a cópia privada) condicionado a uma compensação equitativa. Para o TJUE a compensação equitativa parece ser a condição para o limite da cópia privada não derogável pela existência de autorização prévia do titular da obra protegida.

Sendo condição, o prejuízo – ponto de grande discussão em todos os acórdãos - ganha uma relevância diferente. O sistema de compensação equitativa passa a ser elegível não pela possível perda dos direitos patrimoniais aos titulares de direitos, mas sim, como uma condição que não prejudique a exploração normal da obra.²⁷⁵

As conclusões sobre o efetivo conceito de compensação equitativa para a cópia privada foram apresentadas em um recente artigo de autoria de ANTÓNIO PAULO SANTOS e

²⁷⁵ A afirmação já fora feita em 2002, por: ROCHA, Margarida Almeida. “Remuneração por cópia privada – Sentido e alcance”. In: *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa, n. 8-10, 2002. p. 11 e ss.

VICTOR CASTRO ROSA, já referenciado neste trabalho.²⁷⁶ Nele, há a constatação de que, ante a tarefa verdadeiramente impossível de se aferir o real prejuízo, a compensação equitativa deve ser encarada como um “substitutivo da licença”, em consonância com o Considerando 35 da Diretiva da Sociedade da Informação. O Considerando 35 consigna que os limites previstos pela Diretiva (como o é a cópia privada) não devem impedir o estabelecimento de “*relações contratuais destinadas a assegurar uma compensação equitativa aos titulares de direitos*”.²⁷⁷

O artigo de ANTÔNIO PAULO SANTOS e VICTOR CASTRO ROSA defende que a intenção do legislador comunitário ao estabelecer a compensação equitativa era a de oferecer um mecanismo compensatório alternativo baseado em um “*custo putativo da licença que teria sido paga se tivesse havido um ato de licenciamento legítimo*”.²⁷⁸ E conclui que o legislador da UE e a jurisprudência do TJUE vem se afastando do critério do prejuízo para um sistema de compensação equitativa alicerçado em um verdadeiro cariz compensatório apto a atribuir aos titulares de direitos o valor que teria sido pago a título de remuneração “*caso tivesse havido licenciamento*”.²⁷⁹

Em relação ao legislador da UE a premissa parece estar correta. Não vemos na recente Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital apresentada em 14 de setembro de 2016 possíveis regras para aferição do prejuízo para a cópia privada ou alguma proposta de ajuste aos sistemas. Nela, o único ponto que reflete especificamente o tema da cópia privada é o que toca à percepção da compensação equitativa pelos editores (e de certa forma contrário à jurisprudência do TJUE).

A preocupação da Diretiva é estabelecer regras que prezem por harmonizar o mercado interno, tendo em conta a utilização das tecnologias digitais e transfronteiriças de utilização de conteúdo protegido. A proposta enuncia medidas de facilitação das licenças (o que reforça a tese de um sistema compensatório que tenha por base a lógica do licenciamento insuficiente) e, quanto aos limites e exceções, traz especificamente a recomendação aos Estados-Membros para inserirem exceções para “*text and data mining*”, atividades de ensino, e a preservação do património cultural (“*Título 3 – Measures to adapt Exceptions and*

²⁷⁶ SANTOS; ROSA, 2016, p. 38.

²⁷⁷ Considerando (45): “As exceções e limitações referidas nos N.º 2, 3 e 4 do artigo 5.º não devem, porém, obstar ao estabelecimento de relações contratuais destinadas a assegurar uma compensação equitativa aos titulares de direitos de autor e direitos conexos, desde que a legislação nacional o permita.”

²⁷⁸ SANTOS; ROSA, 2016, p. 39.

²⁷⁹ SANTOS; ROSA, 2016, p. 39.

Limitations to the Digital and Cross-Border Environment”, Artigos, 3, 4 e 5 respectivamente).²⁸⁰

Mesmo assim, questionamos se transferir o raciocínio do prejuízo efetivo para o de um “licenciamento compulsório” (que tem a compensação equitativa como uma nova “licença” para a utilização privada) afasta o problema da dupla remuneração. Não afasta. A disponibilização lícita de obras intelectuais pressupõe a remuneração dos titulares de direito. A utilização privada condicionada ao pagamento da compensação equitativa sobre os suportes de reprodução implicará sim em uma segunda remuneração. Cabe-nos questionar se esse sistema de dupla remuneração é legítimo.

Como vimos, o problema passa pela questão de existir autorização do autor para que se realize a cópia privada sobre a sua obra. Se existe autorização, há prejuízo mínimo e a compensação equitativa não deveria se impor. Se não há autorização, a compensação equitativa revela-se justamente como a condição necessária para a cópia privada. Isso porque a cópia privada foi uma opção do legislador em viabilizar uma forma de utilização que independeria de autorização do autor.

O que parece estar a acontecer é que apesar do limite da cópia privada ter sido pensado em uma lógica de se estabelecer uma utilização que independa de autorização do autor, muitas vezes essa autorização acontece.

E é o que as novas formas de aquisição de conteúdo viabilizadas pela tecnologia digital têm demonstrado. Por exemplo: há hoje plataformas de disponibilização de músicas e vídeos que permitem que o utilizador aceda ao mesmo conteúdo em seu computador, telemóvel e *tablet* (é o caso, por exemplo, do Spotify).²⁸¹ Tudo mediante o pagamento de uma remuneração. É certo que se remunera o serviço dessas plataformas, mas um serviço que só é

²⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION, 2016a, p. 24 e 25.

²⁸¹ Lançado na Suécia, em 2008, por Daniel Ek, o Spotify é uma plataforma que disponibiliza música comercial em *streaming*. As assinaturas pagas removem anúncios, e permitem aos utilizadores executar o download das músicas para ouvir as mesmas *offline*. Atualmente é um serviço disponível em 58 países, com mais de 75 milhões de utilizadores ativos, dos quais mais de 20 milhões são pagantes. O Spotify paga direitos por todas as obras musicais disponibilizadas, distribuindo 70% de todas as receitas a todos os titulares de direitos. O serviço gratuito de *streaming* é rentabilizado com publicidade e o serviço pago é viabilizado pelos valores das assinaturas pagas pelos utilizadores. Os valores são divididos pelos detentores de direitos em conformidade com a popularidade da música no serviço. A editora ou o *publisher* divide estes direitos por cada artista dependendo dos seus acordos individuais. Cfr: CARVALHO, Cláudia Lima. “O Spotify já é a segunda maior fonte de receita de música digital para as editoras na Europa”. In: Jornal Público, 19 out. 2015. Disponível em: < <https://www.publico.pt/culturaipilon/noticia/o-spotify-ja-e-a-segunda-maior-fonte-de-receita-de-musica-digital-para-as-editoras-na-europa-1711158> >. Acesso em: 19 out. 2015.

possível porque há acordos desses provedores com os titulares dos direitos das obras intelectuais. Funcionam como intermediários para a aquisição lícita da obra intelectual, aquisição essa que já parece pressupor a autorização para a cópia privada. No caso do Spotify a atividade de “cópia” efetivamente se consolida pois há níveis de contratação que permitem o *download* da obra em múltiplas plataformas.

É uma realidade que parece não se ajustar ao sistema da cópia privada. Isso porque a compensação equitativa pela cópia privada incide sobre os equipamentos de reprodução. E a autorização concedida pelo autor para a cópia privada é feita sobre o próprio conteúdo, quando esse (sozinho ou mediante acordo com prestadores de serviços) disponibiliza a obra. Como já referimos, parece que temos aqui dois caminhos paralelos: o equipamento e a obra intelectual. E não se consegue diferenciar se equipamento sujeito à compensação equitativa será utilizado para reproduzir obras cuja cópia privada tenha sido autorizada e obras cuja cópia privada não tenha sido autorizada.

E aqui chegamos ao questionamento de fundo de todos os sistemas de gestão coletiva e do qual a compensação equitativa para a cópia privada tem se aproximado: os titulares de direitos precisam ou melhor, tem juridicamente direito à essa segunda remuneração? A pergunta é de difícil resposta e implica em uma reflexão maior sobre a gestão coletiva, em todas as suas vertentes – ponto que não é objeto do presente estudo.

Avançaremos agora com a análise da lei portuguesa para, ao final, ver como todas essas questões nela se refletem.

- CAPÍTULO 4 -

A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO PORTUGUÊS

CAPÍTULO 4. A CÓPIA PRIVADA NO DIREITO PORTUGUÊS

Cabe-nos agora perceber como o ordenamento jurídico português incorporou a temática dos limites aos Direitos de Autor e como a questão da cópia privada está nele inserida.

Portugal, inspirado pelo modelo francês e pelas ideias liberais de propriedade literárias trouxe, com a Constituição de 1838 o primeiro marco legislativo em sede de Direito de Autor, com a previsão do “direito de propriedade dos inventores sobre as suas descobertas e dos escritores sobre os seus escritos” e “pelo tempo e na forma que a lei determinar”. A lei, cujo anteprojeto foi elaborado em 1839 pelo escritor e político Almeida Garret, veio anos depois, em 1851 (Decreto de 8 de julho de 1851). Em 1927, foi publicado o Decreto n.º 13.725, de 3 de junho.²⁸² A legislação foi objeto de revisões, com a aprovação do Código de Direito de Autor (já referido, CDADC) pelo Decreto Lei n.º 46.980 de 27 de abril de 1966. Sua substituição veio pelo Decreto Lei n.º 63/85, de 7 de fevereiro, legislação ainda em vigor, apesar de sensíveis alterações.

Foi o Código de 1985 que trouxe a previsão pela compensação equitativa pela cópia privada, por intermédio do disposto no Art. 81º, alínea b (“Outras utilizações”)²⁸³ e Art. 82º (“Compensação devida pela reprodução ou gravação das obras”).²⁸⁴ A regulamentação do Art. 82º ocorreu nos anos de 1998, com a Lei n.º 62/98, de 1 de setembro. Foi alterada pela Lei n.º 50/2004 de 24 de agosto, e novamente reformada ao que vigora hoje, com a aprovação, a 05 de junho de 2015, da Lei n.º 49/2015 (doravante apenas em sua denominação corrente: Lei da Cópia Privada).

²⁸² ASCENSÃO, 2012, p. 17.

²⁸³ Art. 81º. (Outras Utilizações): “É consentida a reprodução: (...) b) para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.”

²⁸⁴ Art. 82º. (Compensação devida pela reprodução ou gravação de obras) : “1. No preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, elétricos, eletrônicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas, intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos. 2.(Revogado) 3. O disposto no n.º 1 deste artigo não se aplica quando os aparelhos e suportes ali mencionados sejam adquiridos por organismos de comunicação audiovisual ou produtores de fonogramas e videogramas exclusivamente para as suas próprias produções ou por organismos que os utilizem para fins exclusivos de auxílio a diminuídos físicos visuais ou auditivos.”

A Constituição da República Portuguesa elenca a liberdade de criação cultural, que compreende o "direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária e artística" (Art. 42º, nº 2, 1ª parte). Ademais, insere-se a "proteção legal dos direitos de autor" (Art. 42º, nº 2, 2ª parte). Conforme enuncia o Art. 61.º, n.º 1 ("Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária"), a regra geral do domínio econômico é a liberdade.

Não há quaisquer limites expressos aos direitos de autor no texto constitucional. No entanto, isso não significa que eles não existam, tampouco que não possam ser determinados no âmbito do princípio da proporcionalidade, ou por lei geral e sem efeito retroativo (Art. 18º, nº 3 e nº 2).²⁸⁵

É o que faz o Código de Direito de Autor ao estabelecer, em seu Art. 75.º um rol de utilizações da obra intelectual que denomina "utilizações livres": utilizações da obra que são lícitas sem que para tanto seja necessário o respectivo consentimento dos autores. Dentre essas utilizações está a cópia para uso privado.

Em Portugal, por efeito da transposição da Diretiva da Sociedade da Informação, a Regra dos Três Passos veio consagrada no Art. 75, nº 4 do CDADC.²⁸⁶ O sistema é equivalente: também uma listagem de limites (ou, "utilizações livres", na definição do legislador nacional) e a margem de interpretação concedida pela Regra dos Três Passos. A reprodução para uso privado vem admitida no Art. 75.º, n.º 2, a).²⁸⁷

Os "casos especiais" da lei portuguesa são "as utilizações previstas nos números anteriores". Isso significa que as utilizações livres são aquelas expressamente enunciadas no rol do Art. 75.º n.º 2, com a condição de não atingirem a exploração normal da obra, nem causarem prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.

Analisaremos em detalhe as regras e o sistema adotado pelo CDADC para a cópia privada, que parte da concessão de um exclusivo de exploração econômica ao autor, passa

²⁸⁵ MIRANDA, Jorge. "A Constituição e os direitos de autor". In: *Direito e Justiça*, v. 8, t. 1, 1994. p. 48-56. p. 51.

²⁸⁶ "Art. 75.º (Da Utilização Livre), N.º 4: Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor". Cfr. Decreto Lei N.º 63/85 de 14 de Março. Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. Redação dada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto.

²⁸⁷ "Art. 75.º (Da Utilização Livre), N.º 2: São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra. a) A reprodução da obra, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos. (...)". Cfr. Decreto Lei N.º 63/85 de 14 de Março. Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. Redação dada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto.

pela definição dos atos que constitui esse exclusivo e excepciona alguns atos que considera livres, onde está inserida a reprodução para uso privado. Apresentada a delimitação normativa do CDADC, aprofundaremos nosso estudo na recente regulamentação do sistema de compensação equitativa para a cópia privada e na reflexão sobre as características desse sistema em Portugal.

4.1 O EXCLUSIVO DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E A UTILIZAÇÃO DA OBRA INTELECTUAL

O Direito de Autor concede ao criador intelectual da obra um direito exclusivo de exploração econômica. É o conteúdo disponível (no sistema continental de Direito de Autor): ao autor cabe a opção de autorizar ou não a utilização da obra por terceiros e de transmitir ou onerar, no todo ou em parte, o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa obra. É esta a previsão do Art. 40.º CDADC.²⁸⁸

O CDADC define o exclusivo de exploração econômica em seu Art. 67.º, o “direito exclusivo de fruição e utilização”. É a “vantagem patrimonial” o objeto fundamental da proteção legal conferida pelo Direito de Autor²⁸⁹, ou ainda o direito à “participação financeira”, como identifica JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO.²⁹⁰

Partimos, portanto, da concessão ao autor de um direito disponível para, na sequência, tentar definir o que constitui esse direito. Trata-se de um exclusivo de fruição e utilização, agregado à possibilidade de extrair deste exclusivo uma vantagem patrimonial.

²⁸⁸ “Art. 40.º (Disponibilidade dos poderes patrimoniais). O titular originário, bem como os seus sucessores ou transmissários, podem: a) Autorizar a utilização da obra por terceiro; b) Transmitir ou onerar, no todo ou em parte, o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa obra”. Cfr. Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. Aprovado pelo Decreto Lei n.º 63/85, de 14 de Março.

²⁸⁹ “Art. 67.º (Fruição e Utilização) 1. O autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, directa ou indirectamente, nos limites da lei. 2. A garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objeto fundamental da proteção legal”. Cfr. Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. Aprovado pelo Decreto Lei n.º 63/85, de 14 de Março.

²⁹⁰ “O núcleo do direito patrimonial é constituído pelo exclusivo de exploração económica da obra. Mas hoje este exclusivo está longe de esgotar o conteúdo do direito patrimonial. As condições colectivas de exploração fizeram em certos casos cair o exclusivo. Por outro lado, de novas maneiras vai sendo atribuída ao autor a possibilidade de beneficiar pecuniariamente de modos de utilização da obra por terceiros ou até simplesmente de vicissitudes desta. Mas o direito de autor representa então um direito de participação financeira, e não mais um exclusivo de exploração económica”. Cfr. ASCENSÃO, 2012a, p. 197-198.

Conforme aponta JOSÉ ALBERTO VIEIRA, desta previsão duas consequências surgem: a primeira, a de que *“todos os atos de utilização da obra que envolvam a potencialidade de exploração econômica da mesma cabem no âmbito do direito de autor”*. Já a segunda, a de que *“todos os atos de utilização de uma obra que não envolvam um modo de exploração econômico estão excluídos do conteúdo do direito de autor”*.²⁹¹

Estabelece-se uma dicotomia entre os atos sobre os quais cabe ao autor decidir quanto a sua disponibilidade e os atos sobre os quais nenhuma ingerência tem. De quais atos estamos a falar? As disposições do CDADC respondem a esta questão.

O CDADC reserva um título específico para tratar “Da Utilização da Obra”. São três capítulos (Capítulo I - Disposições Gerais, Capítulo II - Da Utilização Livre e Capítulo III - Das Utilizações em Especial), onde temos as previsões que definem todas as modalidades de utilização. É o tema ao qual dedicou o legislador português o maior número de artigos. Para melhor compreensão da técnica legislativa, passaremos, a partir deste ponto, a destacar alguns trechos das previsões legais que consideramos essenciais para o estudo do tema.

O Art. 68.º define as formas de utilização da obra intelectual. Em um rol exemplificativo e de doze opções independentes, estão relacionadas, no n.º 2, as modalidades de que dispõe o autor de fazer ou autorizar inúmeros atos, dentre os quais destacamos, essencialmente, os atos de reprodução, nas alíneas a), c), d) e i):

Art. 68.º - Formas de Utilização: a) a publicação pela imprensa ou qualquer outro meio de reprodução gráfica; (...) c) a reprodução, adaptação, representação, execução, distribuição e exibição cinematográficas; d) a fixação ou adaptação a qualquer aparelho destinado a reprodução mecânica, elétrica, eletrônica ou química e a execução pública, transmissão ou retransmissão por esses meios; (...) i) a cópia total ou parcial, direta ou indireta, permanente ou transitória, por quaisquer meios e sob qualquer forma (...).

A redação da alínea *i*, juntamente com a alínea *j*, decorrem da Lei n.º 50/2004 de 24 de agosto. Referem-se estes dispositivos à possibilidade de colocação da obra à disposição do público, por fio ou sem fio, de forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e

²⁹¹ “Percebe-se, deste modo, que o desfrute intelectual da obra através de actos sem conteúdo económico não surge incluído no conteúdo do direito de autor”. Cfr. VIEIRA, 2009, p. 441.

no momento por ela escolhido. Referida Lei transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva da Sociedade da Informação.

Convém fazer uma breve nota sobre a opção legislativa pela ilustração de exemplos relativamente às formas de utilização. Trata-se de uma opção que recebe críticas da doutrina.²⁹² Um rol exemplificativo, em que pese não pretender abarcar todas as hipóteses – uma vez que não é taxativo – traz sempre a probabilidade de tornar-se inconsistente ou pouco elucidativo com o passar do tempo. Nas palavras de ALEXANDRE DIAS PEREIRA, o rol pretende apenas “ilustrar formas de utilização suscetíveis de integrarem o gozo exclusivo que assiste ao titular dos direitos”.²⁹³

A opção legislativa pela exemplificação das formas de utilização varia nos sistemas jurídicos. Na Alemanha, a lei distingue as formas de utilização corpóreas (onde insere os atos de reprodução, distribuição e exibição) e as formas de exploração incorpóreas (onde incluiu os atos de comunicação ao público como, por exemplo, a recitação, a execução, representação e a radiodifusão)²⁹⁴, prevendo ainda, em um contexto em separado, as adaptações e transformações.²⁹⁵ Em França, a lei consagra três formas de exploração: a reprodução, a representação direta e indireta e a transformação.²⁹⁶ Já no Brasil, à semelhança da lei portuguesa, a lei traz um amplo rol de exemplos de utilizações.²⁹⁷

Atenta à insuficiência dos critérios de distinção para as formas de utilização, a doutrina propôs classificações. Para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, teríamos “faculdades essenciais” (pelas quais se procede diretamente ao aproveitamento da obra, em que, efetivamente, se concretiza o exclusivo de exploração econômica da obra: a apresentação, a

²⁹² Para o Prof. José de Oliveira Ascensão, trata-se com um rol “sem nenhum critério”. Cfr. ASCENSÃO, 2012, p. 206.

²⁹³ PEREIRA, Alexandre Dias. “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 331.

²⁹⁴ PEREIRA, Alexandre Dias, 2001, p. 333.

²⁹⁵ Para o Prof. José de Oliveira Ascensão, “a classificação é um avanço, mas para isso tem de se separar a exposição da obra das restantes formas de comunicação da obra ao público; e não se encontra lugar para as transformações e outras alterações da obra. Pensamos que o caráter corpóreo ou é casual ou não dá base para uma distinção suficiente”. Cfr. ASCENSÃO, 2012, p. 206.

²⁹⁶ PEREIRA, 2001, p. 334.

²⁹⁷ “À semelhança da nossa lei, o recente diploma brasileiro sobre “direitos autorais” não parece manifestar sensibilidade à necessidade de um critério distintivo das diferentes formas de utilização, consagrando um vasto rol de exemplos de utilizações sem aparente ordenação sistemática (v. Art. 29.º Lei n.º 9610/, de 19 de Fevereiro de 1998)”. Cfr. PEREIRA, 2001, p. 333. Desde 2010, com a instituição de um Plano Nacional de Cultura (Lei n.º 13.343/2010), que estabeleceu como uma das estratégias a reforma da Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9610/98), a doutrina brasileira tem colocado em debate a necessidade de alterações à Lei de Direitos Autorais. O Projeto de Lei em discussão (Projeto de Lei n.º 3133/2012) não altera o rol exemplificativo como critério distintivo às formas de utilização.

representação, a comunicação) e as “faculdades instrumentais” (pelas quais se procede à preparação para exploração da obra, como, por exemplo, a reprodução, as transformações, as modificações).²⁹⁸

FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ apresentam uma classificação bastante objetiva, em que os direitos de utilização são divididos em dois grupos: direito de reprodução (para os atos de replicação da fixação material da obra) e direito de comunicação (para os atos de execução pública da obra)²⁹⁹.

Ocorre que determinadas formas de utilização são, também nos termos da lei, livres. Foi essa a terminologia utilizada pelo legislador português para tratar dos limites aos direitos de autor. Como já vimos, é o que impede que o direito de autor tenha caráter absoluto: são as “regras negativas”. Ou seja, regras especiais que autorizam que certas utilizações, à partida vedadas e restritas ao exclusivo de exploração do autor, passem a ser livres.³⁰⁰

Sobre a técnica legislativa adotada pelo legislador português quanto às utilizações livres, cabe ainda uma nota. Para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, o Art. 75.º contempla alguns casos que não são limites, mas sim atividades que ficam à margem da proteção ao direito de autor. Este é o seu entendimento sobre a reprodução para o uso privado. Não constituiria um limite, mas sim uma manifestação do princípio da liberdade de utilização privada.³⁰¹ Análise semelhante também é feita em Itália por UBERTAZZI.³⁰²

Entendemos, todavia, que deixar a utilização privada fora do sistema de limites é tornar inócua toda a tutela jurídica que em torno dela se constrói. Conforme pontua JOSÉ ALBERTO VIEIRA, se a cópia para utilização privada for simplesmente livre, não caberia estudar seu enquadramento e tentar delimitar qual a extensão da utilização privada é, efetivamente, lícita.³⁰³

A reprodução da obra é um dos poderes que integra o conteúdo exclusivo do direito patrimonial do autor e a reprodução para uso privado só pode constituir um limite a esse

²⁹⁸ ASCENSÃO, 2012, p. 206-207.

²⁹⁹ CORREIA, A. Ferrer; SÁ, Almeno de. “Direito de Autor e Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 70, 1994, p. 11.

³⁰⁰ ASCENSÃO, 2012, p. 212-213.

³⁰¹ ASCENSÃO, 2012, p. 200-201.

³⁰² UBERTAZZI, Luigi Carlo. *Commentario Breve ale Leggi Su Proprietà Intelletuale e Concorrenza*. Padova: CEDAM, 2016. p. 215.

³⁰³ VIEIRA, 2009, p. 446-447.

exclusivo. Foi essa a opção (e, parece-nos, o verdadeiro objetivo) do legislador português e é esse o entendimento ao qual nos filiamos.

DÁRIO MOURA VICENTE faz também uma leitura interessante da questão, cuja conclusão é equivalente. Reconhece que a cópia para uso privado integra o princípio geral de liberdade de todo o regime de utilização das obras intelectuais: toda a utilização é, à partida, livre para os atos que não dependam, por força da lei, do consentimento do criador da obra.³⁰⁴

No entanto, conclui o Professor ainda que isso não significa estar a cópia para uso privado totalmente fora do direito de exclusivo de exploração econômica da obra. Uma vez que a lei portuguesa, ao exigir que os casos de utilização livre estejam sujeitos à interpretação pela Regra dos Três Passos, acaba por efetivamente limitar essas utilizações (o que reforça sua caracterização enquanto limites – e não exceções – ao direito de autor).³⁰⁵

Pois bem. Dentre os limites do Art. 75.º, nº 2, alínea a, está o uso privado. Aqui o transcrevemos, pela pertinência com o objeto de estudo deste trabalho:

“Art. 75.º, n.º 2, a) - A reprodução da obra, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com exceção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos.”

A reprodução para uso privado também encontra previsão legislativa no Art. 81, b, que faz referência às “Outras Utilizações” das obras intelectuais:

“Art. 81. É consentida a reprodução: (...) b). Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.”

³⁰⁴ VICENTE, 2012, p. 22-23.

³⁰⁵ VICENTE, 2012, p.23.

É sobre o enquadramento legal do direito de reprodução para uso privado que dedicaremos agora nossa atenção.

4.2 O DIREITO DE REPRODUÇÃO PARA USO PRIVADO

O CDADC elege como lícita, sem autorização do autor, a reprodução para fins privados. A redação do Art. 75º, nº 2, alínea a), estabelece três requisitos para que a reprodução para uso privado seja admissível. Quando: i) realizar-se por qualquer tipo de meio, técnica fotográfica ou processo (salvo as partituras); ii) por pessoa singular; e iii) para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos. Temos aqui uma preocupação do legislador em delimitar os meios e forma, os sujeitos e a finalidade de tal utilização.

Ademais, o Art. 81.º, alínea b), prevê a possibilidade da reprodução para uso privado, com a restrição advinda da Regra dos Três Passos. O Art. 75º, nº 2, alínea a), foi introduzido ao CDADC apenas em 2004, com a transposição da Diretiva da Sociedade da Informação. Mas o CDADC já contemplava tal prescrição, da sua redação original, em seu Art. 81.º, alínea b).

A manutenção de uma dupla previsão recebe crítica da doutrina. A controvérsia tem razão de ser: a leitura do Art. 75º, nº 2, alínea a), deve ser feita em conjunto com o Art. 76º, nº 1, alínea b). Este dispositivo, por sua vez, condiciona a reprodução para uso privado prevista pelo Art. 75.º à remuneração equitativa.

A manutenção do Art. 81.º, b) pode colocar o intérprete em dúvida quanto a tal exigência, já que neste preceito não há outro dispositivo legal que faça uma referência equivalente. Na sequência, está o Art. 82º que menciona a compensação equitativa pela cópia privada, o que pode acarretar dificuldades de interpretação: teríamos um sistema duplo de compensação? Parece-nos que não.

A dupla previsão decorre de atecnia do legislador português. Desnecessária foi a manutenção do Art. 81.º b), após a nova redação do Art. 75.º, nº 2, a).³⁰⁶ Feita esta ressalva, passemos à análise das características da reprodução para uso privado no âmbito da lei

³⁰⁶ VIEIRA, 2009, p. 446. No mesmo sentido: AKESTER, Patricia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013.

portuguesa. Falaremos, como já apontado, dos meios/formas, sujeitos e finalidade desta modalidade de utilização da obra intelectual.

A análise dos meios/formas deve partir da definição dos atos de reprodução. O CDADC define os atos de reprodução nas alíneas a, c, d e i do já mencionado n.º 2 do Art. 68.º (Formas de utilização). No entanto, não há, na enumeração de referidos preceitos, uma definição precisa da reprodução, mas apenas uma identificação dos atos que a caracterizam.

Da leitura da alínea *i*), verificamos que a reprodução poderá ocorrer, portanto “por quaisquer meios”. Temos aqui uma tentativa de exemplificar os processos (e, acreditamos, não limitá-los) com a finalidade de compatibilizar a previsão com a evolução tecnológica, permitindo compreender as cópias em formato digital e analógico.

A noção de reprodução deve ser jurídica e não técnica, uma vez que esta última evolui em uma realidade própria e autónoma, independente da outorga de proteção conferida pelo Direito de Autor. A constatação é feita por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ao analisar os atos de reprodução no ambiente digital (especialmente os processos de *browsing* e *caching*)³⁰⁷. Conclui serem estes processos tecnológicos, na verdade, de mera transmissão e não de efetiva reprodução enquanto produção de um novo exemplar permanente, cuja outorga é passível de proteção pelo Direito de Autor.³⁰⁸

Há também que se pontuar que, ao tratar dos direitos conexos, o CDADC parece definir com maior precisão a reprodução.³⁰⁹ O n.º 7 do Art.176.º (Direitos Conexos – Noção) assim enuncia: “*reprodução é a obtenção de cópias de uma fixação, direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios, e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação*”.

Ocorre que se trata acima de uma definição pensada aos direitos conexos. Estes protegem as prestações dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão. No entanto, partindo do pressuposto da

³⁰⁷ Em definições livres, o processo de *browsing* consiste em utilizar um navegador da internet (como os já referidos Internet Explorer o Google Chrome) para busca de conteúdos, que permitirá reproduções transitórias de conteúdos disponíveis em rede. Já o processo de *caching* permite cópias de ficheiros na memória de armazenamento temporário do disco rígido de um computador, criadas durante a consulta de sítos da internet pelo utilizador.

³⁰⁸ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. “Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital: As Transmissões Digitais”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 4, p. 69-88, 2003. p. 88.

³⁰⁹ PEREIRA, Alexandre Dias. “A Reprodução para Uso Privado no Ambiente Analógico e no Ambiente Digital”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 7, p. 329-361, 2008. p. 342.

independência do Direito de Autor de seu suporte (Art. 10º CDADC), entende-se ser na mesma medida útil a definição de reprodução em direitos conexos ao Direito de Autor.³¹⁰

Dos Direitos Conexos também extraímos a definição de fixação, do Art. 141.º, n.º 1, CDADC (Contrato de fixação fonográfica e videográfica). Trata-se da incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua percepção, reprodução ou comunicação de qualquer modo em período não efêmero.

O direito de reprodução tem, em Direito de Autor, um significado específico: supõe a materialização em um exemplar. É, na doutrina alemã o que se considera “*korpeliche wiedergabe*”, a reprodução física. Diferente da fixação que é, em um sentido muito amplo “*a outorga de suporte material a uma obra*”, a reprodução, “*mesmo que seja em exemplar único, pressupõe sempre uma pluralidade de exemplares*”.³¹¹ Significa a reprodução, portanto, replicar a obra para o mesmo suporte para o qual foi concebida ou em suportes diferentes. Pressupõe-se aí a quantificação de um exemplar pré-existente.³¹²

Estabelecida a definição normativa de reprodução, importante é distinguirmos ainda o mero uso privado da cópia privada. O uso privado representa o desfrute da obra intelectual por aquele que a adquiriu. É o ouvir da música, a leitura do livro, a visualização do filme.

O problema coloca-se quando tomado da faculdade de utilização da obra, o utilizador a reproduz. Digitaliza o livro para levá-lo em uma viagem. Faz uma cópia da música que está armazenada no computador para ouvi-la em seu telemóvel. O que estamos a analisar é a reprodução (ou cópia) para uso privado.

EUGEN ULMER faz um diagnóstico da alteração dos processos de cópia: antes limitados aos processos mecânicos de reprodução de obras escritas, avançaram, em virtude dos processos tecnológicos, para gravadores que permitiram a reprodução de obras musicais e audiovisuais.³¹³ Hoje, como advento da tecnologia digital, o processo é muito mais amplo e diversificado.

Copiar e reproduzir são, linguisticamente, sinônimos, cuja equivalência também reflete no âmbito do Direito de Autor.³¹⁴ A reprodução implica na receptibilidade da criação

³¹⁰ PEREIRA, 2008a, p. 343.

³¹¹ ASCENSÃO, 2012a, p. 50.

³¹² ASCENSÃO, 2012a, p. 229.

³¹³ ULMER, Eugen. *Urheber: und Verlagsrecht*. Berlin: Springer, 1980, p. 298-299.

³¹⁴ PEREIRA, 2008a, p. 337.

intelectual e em um complexo de outros atos: da fixação da obra em seu suporte original e sua multiplicação em exemplares.³¹⁵ É a cópia em suporte externo que permite a percepção posterior da obra.³¹⁶

Ainda sobre a reprodução, convém observar que o legislador ressalva expressamente a possibilidade de reprodução para uso privado das partituras. A opção também está consagrada na Diretiva da Sociedade da Informação.

Em relação aos sujeitos, o uso privado atinge apenas a realização da cópia da obra por pessoas singulares, em um âmbito essencialmente particular. A cópia para entretenimento, desfrute. Estão fora da permissão legislativa – e aqui já avançamos para a finalidade – qualquer atividade profissional e que tenha como objetivo aproveitamento comercial de qualquer natureza (venda, aluguer, etc).³¹⁷ O “uso individual” é destacado por EUGEN ULMER como a característica essencial da reprodução para uso privado.³¹⁸

Coloca-se aqui também o problema da realização da cópia por terceiros. No ordenamento jurídico português, uma pessoa singular pode encomendar a um terceiro a realização de uma cópia da obra protegida, com a condição de que seja para sua utilização privada. A atividade deve limitar-se ao processo de reprodução e em atenção às instruções dadas pelo utilizador.³¹⁹ Em síntese, é lícita a atividade de levar um livro a uma loja de reprografia e requerer, mediante pagamento, que se faça uma cópia do mesmo para uso pessoal. Deverá se aferir se estamos a tratar, efetivamente, de utilizações com finalidades privadas e em atenção ao critério da Regra dos Três Passos: não deverá atingir a exploração normal da obra nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.³²⁰

Mas há ainda que se pontuar que o direito de reprodução para uso privado ganhou novos contornos com o advento da tecnologia digital. A questão colocou-se com maior afincos

³¹⁵ TRABUCO, 2006, p. 706-727.

³¹⁶ PEREIRA, 2008a, p. 337.

³¹⁷ VIEIRA, 2009, p. 451.

³¹⁸ ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. Berlin: Springer, 1980, p. 300

³¹⁹ VIEIRA, 2009, p. 453.

³²⁰ A realização de cópia por terceiros não impede, entretanto, que os titulares de direito (e, especialmente, as associações que os representam no âmbito da gestão coletiva), tentarem controlar o número de cópias reprográficas. Os equipamentos que viabilizam a cópia reprográfica estão também no âmbito da Lei da Cópia Privada. A AGECOP, Associação para a Gestão da Cópia Privada, está organizada em dois departamentos: o Departamento para a Cópia Gráfica e Reprográfica e o Departamento de Cópia Sonora e Audiovisual. Para além da compensação equitativa para a cópia privada, o Departamento para a Cópia Reprográfica celebra acordos com as lojas de reprografia em papelarias, bibliotecas, faculdades para limitar o número de cópias e cobrar um compensação equitativa correspondente a 3% do valor do preço de venda ao público. A possibilidade desses acordos e da cobrança desta compensação, está prevista no Art. 3.º, n.º 2 e 3 da Lei da Cópia Privada.

quando a tecnologia passou a permitir os *downloads* das redes *peer-to-peer*, cujos precedentes de maior relevo nos Estados Unidos e na Europa tivemos a oportunidade de apresentar no Ponto 1.4. O fenómeno leva, inevitavelmente, a questionarmos quanto a possibilidade de as cópias de fontes ilícitas estarem abrangidas pelo limite da cópia privada. Apesar da matéria já ter sido sedimentada no âmbito da jurisprudência do TJUE ela tem contornos específicos na lei portuguesa, cuja análise faremos a seguir.

4.3 LICITUDE E ILICITUDE DA OBRA COPIADA

O CDADC não faz qualquer referência à origem lícita ou ilícita do exemplar da obra copiada, o que suscitou discussões doutrinárias sobre a possibilidade de se considerar admissível a realização de cópias privadas de obras comunicadas ao público ilicitamente. A discussão ganhou relevância especialmente com o advento das tecnologias digitais e das plataformas de partilha de ficheiros *peer to peer*, que facilitaram o acesso a conteúdo em violação aos direitos de autor e conexos.

Em Portugal, grande parte da doutrina³²¹ e o próprio Ministério Público externaram o entendimento sobre a viabilidade da cópia privada da obra divulgada ilicitamente. Para JOSÉ ALBERTO VIEIRA, a possibilidade justifica-se por dois motivos. O primeiro, de que o uso privado está à margem do exclusivo de direito de autor e do direito conexo: a ação de reprodução é lícita pois representa o exercício de liberdade do utilizador. O titular do direito tem naturalmente a prerrogativa de fazer cessar a comunicação ilícita, mas não tem como controlar as obras para uso privado que dela decorrem. O segundo argumento está no fato de que o utilizador, em regra, não tem como averiguar com grande precisão no contexto digital, a licitude ou ilicitude da colocação da obra à disposição do público. Não seria, portanto, razoável colocar sobre o utilizador o dever de controlar a licitude da comunicação ao público das obras disponibilizadas em rede.³²²

A posição do Ministério Público de Portugal foi no mesmo sentido. Em despacho de arquivamento de duas mil queixas apresentadas pela ACAPOR – Associação do Comércio

³²¹ VIEIRA, 2009, p. 455 e ss; SAAVEDRA, Rui. *A proteção jurídica do software e a Internet*. Lisboa: Dom Quixote, 1998. p. 375; LEITÃO, 2011, p. 345-346; RAMALHO, David Silva. “A Tutela Penal dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 72, v. 1, 2012. p. 233.

³²² VIEIRA, 2009, p. 456.

Audiovisual de Portugal, o Ministério Público apontou que “*do ponto de vista legal ainda que colocando-se neste tipo de redes a questão do utilizador agir simultaneamente no ambiente digital em sede de upload e download dos ficheiros a partilhar, é lícita a realização pelos participantes na rede P2P, de reproduções para uso privado – art. 75.º, n.º 2, a) e 81.º, b) CDADC, ainda que se possa entender que efetuada a cópia o utilizador não cessa a sua participação na partilha*”.³²³

O posicionamento do Ministério Público foi deveras controverso, especialmente porque há diferenças entre os atos de *download* e *upload* que implicam em tratamentos jurídicos distintos. São, em definição livre, processos antagônicos. Enquanto *download* implica no procedimento de fazer uma cópia do arquivo, o *upload* implica na disponibilização desse arquivo de modo a torná-lo acessível ao público. O *upload* é, portanto, um meio de exploração econômica da obra, integrando-se no poder de comunicação ao público e não ao direito de reprodução, onde integra-se o *download*. Se para o direito de reprodução há o limite da cópia privada, o mesmo não sucede com o poder de comunicação ao público.³²⁴

O problema é que, muitas vezes, nas redes *peer to peer* a operação de *download* de uma obra viabiliza ao mesmo tempo o *upload* e sua disponibilização a outros utilizadores: a operação lícita de *download* pode mesclar-se com o procedimento ilícito de *upload*. Assim, para que a cópia privada de uma obra, mesmo que de fonte ilícita, fosse legítima, caberia ao utilizador verificar se o *download* não estaria conjugado com o *upload* e se assim fosse, averiguar se é possível suspender o processo de *upload* e cessar a comunicação ao público.³²⁵ Convenhamos que parece ser uma análise que dependa de sensibilidade e perícia de grande parte dos utilizadores, o que não é de se presumir e certamente implica em uma disseminação de *uploads* de obras adquiridas ilicitamente.

Neste âmbito, PEDRO CORDEIRO conclui que, não obstante eventual situação de ilicitude, “*o certo é que o utilizador da Internet não poderá ser sobrecarregado com o ônus*

³²³ Despacho de Arquivamento, NUIPC, n.º 6135/11.7TDLSB. 20 de julho de 2012. Cfr. RENDAS, Tito; CARRETAS, Miguel Lourenço. “Novas Leis de Direito de Autor : A alteração à lei da cópia privada: uma (má) ideia cujo tempo não chegou”. In: *PI: Propriedades Intelectuais*, Lisboa, v. 4, 2015. p. 88.

³²⁴ VIEIRA, 2009, p. 460.

³²⁵ VIEIRA, 2009, p. 461.

da investigação”. Defender o contrário seria “transformar os atos de navegação e de aquisição de conhecimento numa espada de Dâmocles, fonte de permanente receio”.³²⁶

O que se conclui desse debate é que, apesar das peculiaridades técnicas da utilização de sistemas de *peer to peer*, parece haver certa conclusão pela ausência de responsabilização do utilizador pela cópia para uso privado de obras ilicitamente divulgadas neste tipo de rede. O que não significa que seu comportamento esteja abrangido pelo limite da cópia privada.

Conforme já analisamos, o Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie*, C-435/12 (TJUE) pacificou o entendimento de que a cópia para uso privado de uma obra adquirida ilicitamente não está abrangida pelo limite da cópia privada. E em que pese os Estados-Membros guardarem autonomia para instituírem seus sistemas para a cópia privada, advogar hoje pela viabilidade da cópia privada de obras adquiridas ilicitamente é contrariar uma reflexão já consolidada na perspectiva da UE.

Do ponto de vista prático, parece-nos também que admitir a possibilidade de cópia privada de fontes ilícitas estará apenas a reforçar os valores da compensação equitativa (uma vez que se soma uma nova forma de utilização) e a indiferenciar os consumidores, onerando do mesmo modo aqueles que adquirem obras lícitamente daqueles que não o fazem.

Outra reflexão que talvez seja possível fazer é que o consumidor de obras adquiridas ilicitamente não passará, na prática, a ser responsabilizado por deixar de estar abrangido pelo limite da cópia privada. No contexto das obras digitais a jurisprudência em Portugal tem vindo a atribuir a responsabilidade aos fornecedores de software das redes *peer to peer* e recentemente, aos próprios operadores de comunicações eletrônicas.

Como já tivemos a oportunidade de apresentar, nos precedentes norte-americanos a corrente jurisprudencial que prevaleceu foi pela responsabilização dos titulares dos sites sob o fundamento da “*secondary infringement*”. Os responsáveis tinham conhecimento da violação do Copyright e nada faziam, beneficiando-se indiretamente desta violação pela venda de publicidade.³²⁷

Em Portugal defendeu-se a ausência de responsabilidade dos titulares dos sistemas de *peer to peer*. O Decreto Lei N.º 7/2004, de 7 de janeiro (Comércio Eletrónico no Mercado Interno e Tratamento de Dados Pessoais) contribui com essa interpretação ao enunciar a

³²⁶ CORDEIRO, Pedro. “Partilha de Ficheiros e Suspensão do Acesso à Rede”. In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 181-216, 2012. p. 204.

³²⁷ VIEIRA, 2009, p. 461-462.

ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços em rede sobre as informações que transmitem ou armazenam e sobre a investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito.³²⁸

A jurisprudência em Portugal tem, entretanto, um recente precedente que mitiga essa interpretação. Trata-se da ação criminal contra o proprietário do site *peer to peer* denominado *Btuga*. O julgamento ainda não foi concluído, mas a sentença, mantida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, concluiu naquele caso pela responsabilidade do fornecedor do site.

Entre 2003 e 2007, o site *BTuga* tornou-se muito popular em Portugal ao disponibilizar uma rede *peer to peer* que permitia tanto a partilha de conteúdos adquiridos licitamente quanto em violação aos direitos de autor. O proprietário do site, o jovem estudante de informática Luis Ferreira, foi processado criminalmente e o site bloqueado em 2007. A queixa que deu origem ao processo foi apresentada por diversas associações de gestão coletiva representantes de autores e detentores de direitos sobre obras musicais e cinematográficas que, para além da condenação criminal, exigiram uma indemnização de dois milhões de euros.

A sentença, proferida em 2014, considerou Luís Ferreira responsável por três violações de obras protegidas por direitos de autor que o site teria viabilizado, condenando-o pelo crime de usurpação de direitos de autor nos termos previstos nos Art. 195.o, n.º 1 e 197.º do CDADC e duas multas no valor total de 12.600 Euros. Quanto ao pedido de indenização civil, o mesmo foi julgado improcedente sob a justificativa de que um “prejuízo hipotético” não é suficiente para sustentar uma condenação por danos patrimoniais.

A sentença fundamenta-se no pressuposto da ausência do dever de vigilância e que o conhecimento abstrato de eventuais práticas ilícitas não serviria como causa suficientemente adequada para imputação dos danos. Todavia, como ao longo da instrução probatória foram comprovadas que no site *Btuga* - criado e disponibilizado pelo arguido - foram por terceiros partilhadas ao público cópia de pelo menos três obras protegidas e que o arguido teria prévio conhecimento desses conteúdos, necessária seria sua condenação ao crime de usurpação aos direitos de autor.³²⁹

Em janeiro de 2015, o Tribunal da Relação rejeitou o recurso da defesa e manteve a sentença. A defesa recorreu ao Tribunal Constitucional invocando a nulidade da sentença,

³²⁸ VIEIRA, 2009, p. 463.

³²⁹ PORTUGAL. 2º Juízo Criminal da Comarca de Lisboa . Processo N.º 1386/06.9 JFLSB. Ministério Público x Luis Carlos de Abreu Magalhães Ferreira. Data de Publicação: 04.02.2014.

uma vez que esta não teria levado em conta o fato de que o relatório pericial não teria comprovado a existência de que o arguido teria efetivamente conhecimento do conteúdo ilícito partilhado. O recurso ainda aguarda julgamento.

O que verificamos desse precedente é que houve um reconhecimento da ausência do dever de vigilância dos responsáveis pelo site *peer to peer*. Todavia, comprovado seu conhecimento (mesmo que mínimo) sobre a disponibilização de obras ilícitas, configurado estaria o tipo penal de usurpação aos Direitos de Autor. Nota-se ainda que a questão do prejuízo foi encarada sob a perspectiva de que este seria hipotético e de difícil aferição, afastando-se por isso a responsabilidade civil. Novamente, a dificuldade de mensurar o prejuízo apresenta-se como uma constante.

Há também outro precedente recente no mesmo sentido, mas em uma abordagem distinta. Dessa vez, a responsabilidade foi direcionada não sobre o provedor da plataforma, mas sobre os operadores de telecomunicações. Em uma providência cautelar interposta pelas associações Audiogest (Entidade de Gestão Coletiva de Direitos dos Produtores Fonográficos) e GEDIPE (Associação para Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores), a 2ª Secção do Tribunal da Propriedade Intelectual de Lisboa concluiu, mediante sentença proferida a 24 de Fevereiro de 2015 no Processo n.º 153/14.0YHLSB³³⁰ que a partilha de obras protegidas pelos Direitos de Autor e Conexos sem autorização dos respectivos titulares é sempre ilícita. Com isso, determinou que a operadores de telecomunicações em Portugal passassem a impedir, no prazo de trinta dias, os utilizadores portugueses de acederem ao website e domínios que referissem ao *thepiratebay.se* (popular por viabilizar cópias ilícitas de filmes, vídeos, software e música), sob pena de incorrem numa sanção pecuniária de 2.500,00 Euros por cada dia de atraso.

Em julho de 2015, um memorando de entendimento entre a APRITEL (Associação dos Operadores de Telecomunicações) e as entidades de gestão coletiva, sob a égide do anterior Secretário de Estado da Cultura e da IGAC (Inspeção Geral das Atividades Culturais) veio a consolidar um acordo para bloqueio de sites que disponibilizam obras em violação aos direitos de autor e conexos. O procedimento é viabilizado por denúncias recebidas pelo MAPINET (Movimento Cívico Anti Pirataria na Internet) que encaminha uma listagem de sites ao IGAC que, por sua vez, envia a informação à APRITEL, a fim de que os operadores de telecomunicações eletrônicas procedam ao bloqueio. É uma solução de

³³⁰ SANTOS; ROSA, 2016, p. 35.

autorregulação inédita na União Europeia (apenas Reino Unido e Itália tem medidas semelhantes) e tem se revelado bastante efetiva. Em um ano de funcionamento, já foram viabilizados aproximadamente 450 bloqueios de websites.³³¹ Conforme pontua MANUEL LOPES ROCHA “*depois de muita reflexão sobre a criação de uma lei que combata estas práticas, um simples, claro e flexível acordo fez mais pela defesa do direito que um conjunto de regras jurídicas tradicionais, de difícil concessão e, provavelmente, mais difícil e morosa aprovação*”³³²

O que podemos concluir para o estudo que a aqui propomos – que pretende a análise sob a perspectiva do utilizador da obra protegida – é que a disponibilização de redes *peer to peer* que permitam o acesso de terceiros a obras adquiridas ilicitamente encontra, em Portugal, precedentes que militam pela ausência de responsabilidade do utilizador. E isso, hoje, parece independer do fato de comportamento do utilizador estar ou não abrangido pelo limite da cópia privada.

Internalizar o entendimento do TJUE sobre a inadmissibilidade da utilização de obras adquiridas ilicitamente no âmbito da cópia privada é reforçar a oposição às práticas de aquisição de conteúdos em desrespeito aos Direitos de Autor e Conexos. O comportamento será ilícito e constituirá crime no âmbito do CDADC.³³³ A cópia privada parece ter deixado de ser uma justificativa de tolerância à utilização de obras adquiridas no âmbito da pirataria. A abordagem jurisprudencial, opções de política criminal e mecanismos de autorregulação estão a priorizar outras formas de atribuição de responsabilidade – deslocando-a do utilizador para os responsáveis pelas redes e operadores de telecomunicações – a fim de encontrar medidas mais efetivas para o problema.

³³¹ Sobre o Memorando de Entendimento: i) Mapinet: Assinado acordo que simplifica o bloqueio de sites. Cfr. <http://www.mapinet.org/site/index.php/artigos-noticias/25-assinado-um-acordo-que-simplifica-o-bloqueio-de-sites> (30 jul. 2015); ii) Governo diz que memorando de entendimento sobre direitos de autor é pioneiro: <http://expresso.sapo.pt/economia/2015-07-30-Governo-diz-que-memorando-de-entendimento-sobre-direitos-de-autor-e-pioneiro> (30 jul. 2015); iii) Vitória do direito de autor sobre a pirataria, cfr. <https://www.spautores.pt/comunicacao/noticias/vitoria-do-direito-de-autor-sobre-a-pirataria-spa-empenhada-na-defesa-dos-autores> (14 jun. 2016); iv) Memorando de Entendimento: Um ano e quase 450 sites bloqueados depois, cfr. <http://fevip.org/site/noticias/> (22 set. 2016). Acesso a todos em: 1 out. 2016.

³³² ROCHA, Manuel Lopes. “Hubo Lex”. In: *Direito de autor: Que futuro na era digital?* Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2016. p. 76-77.

³³³ A utilização de uma obra sem autorização do autor ou titular dos direitos conexos é tipificada pelo CDADC como crime de usurpação (Art. 195.º). Se praticado com dolo, é punível com pena de prisão de até 3 anos e pena de multa de de 150 a 250 dias (ambas agravadas para o dobro em caso de reincidência). Se praticados com negligência é punido com pena de multa de 50 a 150 dias.

Apresentada a perspectiva sobre a utilização privada da obra adquirida ilicitamente na lei portuguesa, partiremos agora para análise do sistema de compensação equitativa para a cópia privada e o novo panorama legislativo de Portugal sobre a matéria.

4.4 A COMPENSAÇÃO EQUITATIVA E O NOVO PANORAMA LEGISLATIVO EM PORTUGAL

4.4.1 A Lei da Cópia Privada

Seguiremos agora com a análise do sistema de compensação equitativa para a cópia privada instituído pela lei portuguesa.

Ao estabelecer a possibilidade de realização de cópias para utilização privada, a Diretiva da Sociedade da Informação previu também uma condição: a necessidade de remunerar os titulares dos direitos pelo prejuízo que potencialmente sofrem em decorrência desta prática. Conforme já analisamos, a compensação equitativa foi delineada no texto da Diretiva como uma medida a ser estabelecida pelos Estados-Membros, mas também, a ser avaliada e dispensada em casos específicos.

Como já vimos, atualmente, decorridos quinze anos da aprovação da Diretiva da Sociedade da Informação, a necessidade de se pensar um sistema justo de compensação equitativa, bem como de refletir sobre sua efetividade, permanece nos debates do contexto da UE. São desdobramentos dessa ideia as já mencionadas Resoluções do Parlamento Europeu de 27 de Fevereiro de 2014 (2013/2014(INI), sobre as taxas relativas à cópia para uso privado; a Resolução de 09 de Julho e 2015 (2014/2256(INI), para a harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos e a recente Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital apresentada em 14 de Setembro de 2016.

Em Portugal, a compensação equitativa já encontrava previsão no CDADC desde 1985, no Art. 82.º (Compensação devida pela reprodução ou gravação das obras) aprovado pelo Decreto Lei n.º 63/85, de 14 de março e alterado pela última vez pela Lei n.º 49/2015 de 5 de junho. Refere à necessidade de recolha de uma quantia sobre o preço de venda ao

público de aparelhos ou suportes que permitam a fixação e reprodução de obras. Pela sua relevância ao presente estudo, passamos a transcrevê-lo:

“Artigo 82º - 1 – No preço de venda ao público de todos e quaisquer aparelhos mecânicos, químicos, eléctricos, electrónicos ou outros que permitam a fixação e reprodução de obras e, bem assim, de todos e quaisquer suportes materiais das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se, incluir-se-á uma quantia destinada a beneficiar os autores, os artistas, intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos.; 2 – (Revogado.); 3 – O disposto no nº 1 deste artigo não se aplica quando os aparelhos e suportes ali mencionados sejam adquiridos por organismos de comunicação audiovisual ou produtores de fonogramas e videogramas exclusivamente para as suas próprias produções ou por organismos que os utilizem para fins exclusivos de auxílio a diminuídos físicos visuais ou auditivos.”

A lei estabelece a atribuição os autores, artistas, intérpretes ou executantes, editores e produtores fonográficos e videográficos uma retribuição ou compensação equitativa pela cópia para uso privado. O requisito é enunciado no Art. 76º, nº1, alínea b), cuja redação foi atualizada com a Lei n.º 50/2004, que transpôs a Diretiva da Sociedade da Informação (Requisitos):

“Art. 76.º - 1. A utilização livre a que se refere o artigo anterior deve ser acompanhada: b) No caso das alíneas a) (i.e. reprodução para uso privado) e e) (i.e. reprodução para bibliotecas públicas) do n.º 2 do artigo anterior, de uma remuneração equitativa a atribuir ao autor e, no âmbito analógico, ao editor que tiver procedido à reprodução.”

Temos, portanto, em Portugal, desde 1985 o reconhecimento legal da necessidade de se estabelecer uma compensação equitativa pela cópia para uso privado. A regulamentação do Art. 82.º veio, no entanto, apenas em 1998, com a Lei n.º 62/1998 de 1º de setembro (“Compensação pela Reprodução ou Gravação de Obras”), cuja última (e maior) alteração ocorreu com a Lei n.º 49/2015, de 05 de junho.

A primeira redação da Lei da Cópia Privada determinava que o montante da compensação fosse definido por despacho ministerial ou por acordo, consoante os casos (Art. 3.º, n.º 1 e 2). A previsão veio a ser declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 616/2003, que reconheceu – com dois votos vencidos - ser a compensação equitativa um tributo com caráter unilateral e, portanto, sujeita ao princípio da legalidade dos impostos vertido no Art. 103, n.º 2 da Constituição. Por isso, o montante só poderia ser fixado em lei (e não por despachos ministeriais ou acordos).³³⁴

O acórdão discutiu a natureza jurídica da "quantia", "compensação" ou "remuneração" para efeitos de aplicação das disposições constitucionais em matéria fiscal, descrevendo-a como uma prestação pecuniária, unilateral e definitiva, estabelecida por lei e exigida por uma entidade que exerce as respectivas funções tendo em vista a realização de fins de interesse público, desprovidos de caráter sancionatório.

A caracterização como efetivo imposto foi controversa. O Tribunal veio a concluir que: *“É indiferente, na perspectiva do Tribunal, a qualificação precisa da figura em causa como imposto ou como realidade situada no domínio da ‘parafiscalidade’, tratando-se, de qualquer modo, de um tributo que deve ser objeto do tratamento jurídico-constitucional reservado aos impostos”*.³³⁵

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO partilha do entendimento de que a compensação é, em si, um imposto. É necessário admitir que, em determinados casos, a compensação individual ao autor não é possível e deve passar a ser por um sistema coletivo de remuneração.³³⁶

Em sentido contrário, LUIZ FRANCISCO REBELLO considera profundamente equivocado confundir a compensação com uma taxa ou um imposto. Na concepção do i. Professor, trata-se da instituição de um direito que *“funciona como uma justa compensação”*.³³⁷

Não pretendemos aqui aprofundarmo-nos sobre o debate que, em sede de Direito Fiscal, permeou a discussão no julgamento feito pelo Tribunal Constitucional. O que dele retiramos é que, majoritariamente, definiu-se que a compensação equitativa se aproxima de

³³⁴ RENDAS; CARRETAS, 2015, p. 86-87.

³³⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 616/2003, do Processo n.º 340/99. Relator Paulo Mota Pinto. Data de Publicação: 13 de Março de 2004. Disponível em: < <http://publicos.pt/documento/id532271/acordao-616/2003> >. Acesso em: 03 out. 2016.

³³⁶ ASCENSÃO, 2012a, p. 251.

³³⁷ REBELLO, Luís Francisco. *Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. Lisboa: Âncora Editora, 2002. p. 137.

um tributo e por isso está sujeita às condições que são aplicáveis em termos de processo legislativo.

A decisão do Tribunal Constitucional veio, portanto, a obrigar a alteração da Lei da Cópia Privada, o que foi feito através da Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. O Art. 3.º, n.º 4 da Lei da Cópia Privada foi reformulado e passou a prever diretamente as quantias a incluir, no preço de venda ao público, das compensações equitativas para três grandes tipos de suportes. Tratam-se eles dos cassetes (áudio e vídeo), CD-R e DVD-RW.³³⁸

Em 2010 o Ministério da Cultura veio a divulgar uma nova proposta de lei sobre a matéria, visando, dentre diversas medidas, estender a compensação equitativa aos equipamentos digitais. A proposta não teve continuidade.³³⁹ Em 2012 o debate veio novamente à tona, com a apresentação do Projeto de Lei n.º 118/XII³⁴⁰, que também veio em tentativa de adequar a compensação aos equipamentos digitais. Houve, entretanto, falta de concordância nos debates quanto ao texto final e o projeto acabou por ser retirado de pauta.

Em 2014 uma nova proposta foi apresentada e, após intenso debate político e legislativo, foi aprovada e publicada a Lei n.º 49/2015 de dia 05 de Junho, que procede à segunda alteração à Lei da Cópia Privada. Aprovada após intensa contestação, num primeiro momento, recebeu o veto do Presidente da República, sob um rol de argumentos bastante consistente sobre a controvérsia da matéria. A Mensagem de Veto, de 31 de Março de 2015, destaca:

- (i) *A existência de uma colisão de direitos: o direito dos autores a serem devidamente remunerados e compensados pelas suas obras e, por outro lado, o direito dos consumidores a aceder, em condições justas de mercado, aos bens e serviços da economia digital;*
- (ii) *A necessidade de uma regulação comum na União Europeia com vistas a evitar assimetrias e disparidades nas condições de mercado;*
- (iii) *A existência de inúmeras discrepâncias sobre o tema na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia;*

³³⁸ VICENTE, 2012, p. 26.

³³⁹ VICENTE, 2012, p. 26.

³⁴⁰ PORTUGAL. *Projeto de Lei n.º 118/XII*. Disponível em:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36617>. Acesso em: 03 out. 2016.

(iv) *A posição do consumidor, destacada em um relatório da DECO (Associação para Defesa dos Direitos do Consumidor) sobre o tema, que chama a atenção para a falta de amadurecimento do debate;*

(v) *A falta de legitimidade da imposição de uma taxa por cópia privada sobre equipamentos que não são dedicados a tal pelos consumidores e os efeitos que podem resultar para a economia digital.*

A Mensagem de Veto apresenta de forma genérica as principais controvérsias que pretendemos debater no presente estudo. Os temas da colisão de direitos e da regulação comum da União Europeia (*i e ii*) são, como já vimos, um problema que transcende a questão da cópia e privada e desafia a atividade legislativa.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em um artigo que comenta a Mensagem de Veto, dá razão à preocupação quanto à necessidade de uma regulação comum, com vista a evitar assimetrias e disparidades nas condições de mercado. Ressalta a unilateralidade da proposta de alteração da lei e a preocupação de que, “*em tempos de economia globalizada, os consumidores tenderão a adquirir os bens gravados no estrangeiro, desde que oferecidas condições mais favoráveis*”.³⁴¹

As discrepâncias na jurisprudência da UE já foram por nós apresentadas no Capítulo 3. O tema das múltiplas funções do suporte - questão destacada no ponto (v) da Mensagem de Veto – também já foi abordado naquela análise.

Sobre a posição do consumidor (iv), a DECO (Associação Portuguesa para Defesa do Consumidor), associação privada, sem fins lucrativos e com estatuto de utilidade pública, manifestou seu descontentamento com a proposta. Sob sua perspectiva, a compensação afetaria o preço dos suportes em prejuízo dos consumidores.³⁴²

Mas existem ainda outros pontos que tornam a recente revisão da Lei da Cópia Privada igualmente controversa. Em um recente estudo publicado por TITO RENDAS, críticas

³⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. “A Lei n.º 49/2015, de 5 de Junho, em matéria de cópia privada e compensação equitativa e a não consideração do ‘veto’ do Presidente da República”. In: *Revista de Direito Intelectual*, Lisboa, n. 1, 2015. p. 348.

³⁴² “A proposta de lei é obsoleta, ineficaz e desproporcionada”. Cfr. ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR (DECO). *PARC-000269-2014*: Projeto de Proposta de Lei que procede à segunda alteração à Lei n. 62/98, de 1º de Setembro, que regula o disposto no Art.82.º do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos. 2014. Disponível em: < ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38643. Acesso em 15 Out 2015 >. Acesso em: 05 out. 2016.

são apontadas a dois argumentos suscitados em favor da atualização da Lei da Cópia Privada. O primeiro ponto argumenta que a revisão seria uma exigência da Diretiva da Sociedade da Informação. Seguidamente, suscita-se que a lei carecia urgentemente de atualização.

Sobre o primeiro argumento, de que o Estado Português estaria sujeito à aplicação de sanções por parte da UE, seria válido se a Diretiva da Sociedade da Informação obrigasse de fato e expressamente à atualização da lista de suportes sobre os quais incide a compensação equitativa. Mas não o faz. A exigência da compensação equitativa presume que o equipamento seja utilizado para armazenar cópias de obras protegidas pelo direito de autor para utilização privada. Como vimos, o TJUE definiu no acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08) a necessidade de aferir se os consumidores “*exploram a plenitude das funções associadas aos referidos equipamentos, incluindo a de reprodução das obras alheias*”.³⁴³ E a aferição dessa possibilidade ainda não tem um critério definido. A aproximação da solução consiste, como vimos, em mecanismos de isenção e reembolso mas cuja precisão é de difícil alcance.

Ante a impossibilidade de aferição, seria legítima cobrança pela presunção? É esse o argumento que sustenta grande parte dos sistemas de compensação equitativa e está refletido também na Diretiva da Sociedade da Informação. Prevê-se na primeira parte do Considerando 35 os “possíveis prejuízos”. Mas o próprio Considerando 35 conclui que, nos casos “em que o prejuízo seja inexistente, não há lugar a obrigação de pagamento”.³⁴⁴

A linha entre o possível prejuízo e o prejuízo inexistente é, na mesma medida, tênue e concede margem da discricionariedade da interpretação a cada Estado. Por esta razão, TITO RENDAS advoga pela ausência de obrigatoriedade de atualização da Lei de Cópia Privada sob o argumento de que se trata de uma imposição comunitária.

O segundo argumento prende-se à necessidade de ter que se atualizar a lei. De fato, a Lei da Cópia Privada estava desatualizada. Atualmente, CD-R, DVD-RW e cassetes tem sido cada vez menos utilizados pelos consumidores. O problema é que a alteração de 2015 já veio, igualmente, desatualizada.

A listagem dos equipamentos inclui os dispositivos USB e equipamentos de memória digital. Mas deixa de fora, por exemplo, o armazenamento remoto da *cloud*, cuja utilização tem se demonstrado cada vez mais popular entre os consumidores. Não há também maior

³⁴³ Cfr. menção ao Acórdão *Padawan*, C-467/08, em RENDAS; CARRETAS, 2015, p. 87.

³⁴⁴ RENDAS; CARRETAS, 2015, p. 87.

reflexão sobre o crescimento dos serviços de *streaming* e, conseqüentemente, sobre a extinção da atividade de cópia.³⁴⁵

Todavia, apesar dos diversos pontos que justificaram o veto, a Lei n.º 49/2015 foi aprovada e está em vigor desde o dia 05 de Julho de 2015. Cabe-nos agora analisar algumas especificidades do sistema de compensação equitativa, instituído (e agora “atualizado”) em Portugal. Nomeadamente quanto: aos equipamentos a que a compensação é aplicável, responsabilidade pelo pagamento, distribuição e isenções.

4.4.2 Os Equipamentos de Reprodução

Da leitura do n.º 1 do Art. 82.º do CDADC verifica-se que a compensação é aplicável a dispositivos que “permitam a fixação e reprodução de obras” ou sobre quaisquer “suportes materiais das fixações e reproduções”. Temos, portanto, como característica fundamental aos equipamentos sujeitos à compensação equitativa, a possibilidade desses fixarem e reproduzirem obras intelectuais.

O desenvolvimento da norma encontra-se no texto da Lei da Cópia Privada. O Art.2º prevê a incidência da compensação: a) sobre todos e quaisquer aparelhos que permitam a fixação de obras e b) suportes materiais virgens digitais ou analógicos, com exceção do papel, previstos no n.º 4 do artigo 3.º (dispositivos e suportes analógicos e digitais que permitem a reprodução e armazenagem de obras), bem como das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se.

Assim, os aparelhos sujeitos à compensação são aqueles que possibilitam “a *fixação de obras*”, os “*dispositivos e suportes analógicos e digitais que permitem a reprodução e armazenagem de obras*”. Como já vimos, a lei portuguesa distingue os atos de fixação e de reprodução. Fixação é o ato de colocar uma obra (uma coisa incorpórea) num suporte material (como um livro ou um DVD-RW). A reprodução pressupõe uma fixação anterior e implica a obtenção de cópias de uma fixação.

Os aparelhos sujeitos ao pagamento da contribuição estão descritos no Anexo à Lei n.º 49/2015, numa tentativa de enumerar os produtos que serão onerados com a cobrança da compensação equitativa. As anteriores versões da lei da Cópia Privada não contemplavam tal

³⁴⁵RENDAS; CARRETAS, 2015, p. 88.

listagem exemplificativa. Perante uma realidade tecnológica tão dinâmica e diversificada, o rol da tabela da compensação equitativa mereceu críticas da doutrina.³⁴⁶

A listagem anexa à Lei da Cópia Privada relaciona fotocopiadoras, gravadores de áudio, vídeo, os próprios suportes virgens (ainda os cassetes, CD, CD-R, DVD-R, DVD-RW). Avança ainda para as memórias e discos rígidos integrados em aparelhos eletrônicos, cuja compensação deverá ser calculada por cada *Gigabyte* de memória e onde são estabelecidos limites máximos que variam entre 7,5 a 15,00 Euros.

Vivemos tempos de utilização maciça de tecnologias de *cloud computing*. O armazenamento pode ser feito de forma remota por programas disponíveis na internet, de forma que é cada vez menor o número de utilizadores de discos regraváveis e memórias USB, CD, CD-R, DVD-R, DVD-RW (número 2.3 da Tabela Anexa a Lei da Cópia Privada, que descreve alguns suportes e dispositivos de armazenamento).

As alíneas m) à t) do Anexo e referem às memórias e discos rígidos integrados em equipamentos multifunções: computadores, televisores, telemóveis, tablets e quaisquer outros aparelhos dedicados à reprodução, leitura e armazenamentos de fonogramas e videogramas.

O rol desses equipamentos constitui um dos temas de maior inovação da alteração legislativa em Portugal. E, no âmbito das discussões da proposta, foi um dos pontos de maior crítica. O Parecer da CIP (Confederação Empresarial de Portugal) destacou que a utilização dos equipamentos e suportes de gravação pela grande maioria dos consumidores: *“pouco ou nada tem a ver com a cópia privada, uma vez que quem adquire os equipamentos e suportes em questão, utiliza-os para gravar e armazenar sobretudo obras da sua própria autoria, ou sobre as quais já remuneraram os respetivos detentores de direitos pelo fenómeno já irreversível da fruição de obras culturais em streaming”*.³⁴⁷

³⁴⁶ RENDAS; CARRETAS, 2015, p. 88.

³⁴⁷ CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP). *Projeto de Proposta de Lei que procede à segunda alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*: Nota Crítica da CIP. 2014. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38643> >. Acesso em: 15 out. 2015.

Destacamos da conclusão de referido parecer dois problemas: a finalidade da utilização do equipamento e a existência de autorização do titular de direitos para a cópia privada.

Conforme tivemos a oportunidade de analisar, dois precedentes do TJUE debateram com destaque o tema da finalidade da utilização provada dos equipamentos. O primeiro precedente, *Padawan v. Sgae* (C-467/08), de 21.10.2010 *concluiu* pela necessidade de um vínculo entre a aplicação da compensação equitativa e a utilização do equipamento para a realização de cópias para uso privado. Assim, a aplicação indiscriminada da compensação a equipamentos não destinados à cópia privada seria incompatível com a Diretiva da Sociedade da Informação.³⁴⁸

No entanto, parece que, anos depois, o acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), de 05.03.2015 veio a mitigar esta ideia e consolidar o entendimento de que a mera capacidade de um equipamento realizar reproduções é suficiente para justificar a aplicação da compensação equitativa pela cópia privada.³⁴⁹ Não é igualmente relevante o fato de o suporte ter uma ou múltiplas funções, ou que a função de reprodução seja uma funcionalidade secundária do equipamento. Para fins de incidência da compensação equitativa é suficiente supor que os utilizadores finais irão explorar todas as funcionalidades do equipamento.³⁵⁰ O mesmo acórdão ressalva que, se a função de reprodução disponível para a realização de cópias for mínima e não comparável a suportes comumente utilizados para a realização de cópias privadas, mínimo será o prejuízo e possível o afastamento da incidência da compensação equitativa, nos termos do Considerando 35 da Diretiva da Sociedade da Informação.³⁵¹

Assim, pelo menos sob a perspectiva da jurisprudência do TJUE, não restam hoje maiores controvérsias sobre a possibilidade de cobrança de compensação equitativa sobre as memórias e discos rígidos que integram equipamentos multifunções. O que não significa que não se possa questionar, caso a caso, a incidência da compensação equitativa quando haja nítida distorção desta finalidade. Os tribunais poderão ser um bom guia de situações específicas, mas ainda não se conhece, na jurisprudência portuguesa, algum precedente sobre o tema.

³⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), 2010, N.º 51 a 59.

³⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 25.

³⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 26.

³⁵¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), 2015, N.º 26.

Sobre a existência do duplo pagamento, como também já referimos, temos aqui dois caminhos paralelos: o equipamento e a obra intelectual. Não se consegue diferenciar se equipamento sujeito à compensação equitativa será utilizado para reproduzir obras cuja cópia privada tenha sido autorizada e obras cuja cópia privada não tenha sido autorizada. O que na prática ocorre é o pagamento de uma remuneração ao titular de direitos pela utilização lícita da obra (feito pelo consumidor) e o pagamento da compensação equitativa pelo suporte de reprodução (feito pelos fabricantes e distribuidores desses equipamentos, que poderão repercutir o valor sobre o preço de venda ao público). Assim, na prática, é o consumidor que paga sim, duas vezes.

O cenário da possível “duplicidade” do pagamento ganha maior nitidez com um exemplo simples e cotidiano: as *set-top boxes*³⁵² utilizadas para transmissão dos canais de televisão por assinatura. São, nos termos da lei portuguesa (Anexo, 2.3, o) equipamentos sujeitos à compensação equitativa. No entanto, os serviços disponibilizados pelas operadoras de televisão à cabo viabilizam o *time-shifting* (gravação de programas de televisão para visualização posterior). Ou seja, neste exemplo, fica nítido que o consumidor paga pela subscrição do serviço que viabiliza a cópia privada (que consequentemente remunerará os titulares de direitos de autor e conexos) e tem refletido no custo da *set-top box* o valor da compensação equitativa. Temos aqui o que parece ser um reflexo de distorção do sistema de compensação equitativa para cópia privada, que irá onerar um equipamento cuja cópia privada só é possível porque devidamente autorizada (e remunerada pelo serviço de televisão à cabo) aos titulares dos direitos de autor e conexos.

Outro exemplo utilizado como reforço à tese do duplo pagamento é o *streaming*. Entendemos ser justificável contestar o pagamento da compensação equitativa quando há aquisição lícita de uma obra intelectual que poderá ser utilizada pelos serviços de *streaming*. Mas assim como qualquer outra aquisição e forma de utilização lícita.

O argumento de que o *streaming* “não é cópia” não nos parece ser suficiente, pelo menos no âmbito da lei portuguesa, para afastar a incidência da compensação equitativa pela cópia privada. Explicamos: o n.º 1 do Art. 82.º do CDADC e o Art. 2.º a) da Lei da Cópia Privada referem ser a compensação equitativa devida sobre os aparelhos e suportes que permitam a “a fixação e reprodução de obras”. Parece independer aqui a noção técnica que

³⁵² Em definição livre, as “*set-top boxes*” são os aparelhos que permitem a interface entre o sinal de televisão e o televisor e o acesso a serviços de televisão por subscrição de vídeo, onde os utilizadores podem capturar a programação televisiva para armazenamento em disco rígido para visualização posterior.

diferencia o *streaming* do *download*, sendo suficiente o potencial do equipamento fixar e reproduzir a obra intelectual adquirida licitamente. O *streaming* pode independe da capacidade de memória para ser operacionalizado, mas depende do equipamento de reprodução para ser viabilizado.

Como já tivemos a oportunidade de referenciar, a noção de reprodução deve ser jurídica e não técnica. O *streaming* é de fato uma nova forma de aquisição e utilização das obras intelectuais. Mas uma nova forma que não parece impeditiva, no âmbito da lei portuguesa, de afastar o dever de pagamento de compensação equitativa. O que devemos questionar, com a massificação da utilização desta tecnologia, é a determinação do valor da compensação equitativa baseado na capacidade de memória dos equipamentos. Se a memória passa a ser indiferente para a fixação e reprodução das obras intelectuais, não faz sentido onerar os equipamentos em taxas que variam progressivamente de acordo com esta capacidade, como faz o Anexo da Lei da Cópia Privada em Portugal.

Do atual panorama da lei portuguesa sobre os equipamentos sujeitos ao pagamento da compensação equitativa para a cópia privada, podemos extrair que as dificuldades práticas e questionamentos são aparentemente os mesmos que vimos em contexto comunitário, o que reflete certa equivalência nos problemas suscitados e torna possível constatarmos que eles se devem a um fenômeno universal: as novas formas de utilização das obras intelectuais viabilizadas pela tecnologia digital.

4.4.3 Responsabilidade pelo Pagamento e Distribuição

A Lei da Cópia Privada de Portugal determina que a responsabilidade pelo pagamento das compensações incumbe ao “*primeiro adquirente dos aparelhos e suportes em território nacional, desde que não se destinem a exportação ou reexportação*”. Estão, portanto, sujeitos ao pagamento: “*os fabricantes estabelecidos em território nacional e os importadores*”. É o que determina o Art. 5º, n.º 1 e 2 da Lei da Cópia Privada.

A opção pela atribuição de responsabilidade pelo pagamento aos fabricantes e importadores decorre da dificuldade prática de se identificar o utilizador final que efetua, a título privado, a reprodução de uma obra protegida.

Conforme verificamos na análise que fizemos no acórdão *Stiching de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland* (C-462/09) diante da dificuldade de cobrança do utilizador final, é permitido aos Estados-Membros instaurar uma taxa por cópia privada a cargo das pessoas que disponibilizam equipamentos de reprodução ao utilizador final, visto que estas pessoas têm a possibilidade de repercutir o montante desta taxa no preço que o consumidor paga pelo equipamento.³⁵³

Arriscamos neste ponto a seguinte reflexão: a presunção que se faz sobre a finalidade de utilização privada dos equipamentos parece ser a mesma, seja ao determinar que a compensação equitativa deva ser de responsabilidade do consumidor ou do fabricante ou importador. É impossível, do ponto de vista prático, saber se os equipamentos se destinarão com maior ou menor ênfase à realização de cópias para uso privado. O que se faz é taxar o seu potencial para tanto. E de forma indiscriminada. A atribuição da responsabilidade pela recolha ao fabricante ou importador parece ser uma alternativa de facilidade de gestão e de mais simples controle. E porque é sabido que poderão repercutir o custo da compensação equitativa sobre o preço de venda ao consumidor. O ajuste dos sistemas fica reservado aos mecanismos de isenção, tema que abordaremos no ponto seguinte.

A ausência de pagamento implica em contraordenações. Os valores das coimas foram mantidos na atualização de 2015: de 500,00 Euros a 5.000,00 Euros para a venda de equipamentos ou suportes em violação do disposto na lei. Ademais, 250,00 Euros a 1.500,00 Euros o não envio da informação supra referida à AGE COP e à IGAC por parte dos fabricantes e importadores (Art. 9.º - Contraordenações), para além da cobrança dos valores não pagos.

Sobre a distribuição, a Lei da Cópia Privada determina que o valor arrecadado pelo pagamento das contribuições é remetido à Associação para a Gestão da Cópia Privada (AGE COP). Trata-se de uma pessoa coletiva de utilidade pública, sem fins lucrativos, registrada junto da Inspeção Geral das Atividades Culturais (IGAC). Sua atribuição é fazer a distribuição das contribuições aos seus associados (autores, artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos).

A AGE COP é constituída pelas entidades de gestão coletiva que em Portugal representam autores, artistas, intérpretes e executantes, produtores de fonogramas e

³⁵³ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Stiching de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland* (C-462/09), 2011, N.º 18-29.

videogramas, editores livresiros e editores de publicações periódicas. Nomeadamente: APEL (Associação Portuguesa de Editores e Livreiros), Audiogest (Entidade de Gestão Coletiva de Direitos dos Produtores Fonográficos), GDA (Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes e Executantes), GEDIPE (Associação para Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores), Gestautor (Associação de Gestão Coletiva de Direito de Autor), SPA (Sociedade Portuguesa dos Autores) e Visapress (Gestão dos Conteúdos dos Media).

Os critérios de distribuição das receitas deverão tomar em conta a ponderação dos seguintes fatores: a) representatividade dos titulares dos direitos; b) resultado de estudos realizados pela entidade gestora, nomeadamente sobre a natureza das obras protegidas e os hábitos de consumo da população portuguesa; c) a utilização, pelos titulares dos direitos, de medidas eficazes de carácter tecnológico, designadamente, de mecanismos digitais de proteção; e d) acesso da população portuguesa a reproduções contratualmente autorizadas pelos titulares dos direitos. É o que enuncia o Art. 6.º, n.º 3 – (Entidade Gestora) da Lei da Cópia Privada.

De todo o valor arrecadado (Art. 7.º - Afetação, da Lei da Cópia Privada), 20% deve ser destinado para ações de incentivo a atividade cultural e à investigação e divulgação dos direitos de autor e direitos conexos. A repartição do restante das receitas varia de acordo com o tipo de cópia produzida.

A arrecadação com a reprografia (e aqui, referimo-nos ao valor de 3% do valor de venda ao público das fotocópias de obras, eletrocópias e demais suportes feitas pelas reprografias – Art. 3.º, n.º 2 da Lei da Cópia Privada) é partilhada em 50% para os organismos representantes dos autores e 50% para os organismos dos editores (Art. 7.º - Afetação, n.º 2, a) da Lei da Cópia Privada).

Em relação aos equipamentos que viabilizam a cópia para uso privado (Art. 3.º n.º 4 da Lei da Cópia Privada), a diferenciação leva em conta, por um lado, os suportes para a reprodução de áudio e vídeo (40% para organismos representantes dos autores, 30% para dos artistas, intérpretes e executantes, 30% para representantes dos produtores de fonogramas e videogramas). Por outro, a reprodução de obras escritas: livros, publicações periódicas e não periódicas (50% para organismos representantes dos autores e 50% para dos editores). A previsão encontra-se no Art. 7.º, n.º 2 b), i) e ii) da Lei da Cópia Privada.

Caso o valor da arrecadação seja, em cada ano civil, superior a 15 milhões de Euros, o montante excedente considerar-se-á receita própria do Fundo de Fomento Cultural e será

destinado a financiar programas de incentivo à promoção de atividades culturais e à criação cultural e artística, com prioridade ao investimento em novos talentos (Art. 5º-A, Contribuição para o Desenvolvimento da Atividade Cultural).

Entendemos que a repartição das receitas da compensação equitativa decorrente da cópia reprográfica e da cópia privada das obras escritas é passível de alguns questionamentos. E sob duas perspectivas.

A primeira delas refere-se a uma aparente confusão que se faz, no âmbito da Lei da Cópia Privada, sobre essas duas modalidades de cópia. A compensação equitativa devida pelas pessoas coletivas que exploram a reprografia tem uma lógica distinta, pensada sobre a venda de fotocópias. É certo que a atividade de fotocopiar uma obra intelectual só é possível se para uso privado. O que entendemos relevante destacar é que se tratam de sistemas de compensação equitativa distintos: a cópia reprográfica sobre a cópia comercializada, a cópia privada sobre o equipamento que viabiliza a cópia em contexto particular. Talvez essa proximidade dos dois conceitos seja um reflexo da evolução da própria atividade de cópia, que teve início justamente com a reprografia.

A Diretiva da Sociedade da Informação diferenciou a cópia reprográfica da cópia para uso privado em dois dispositivos diferentes - Art. 5.º, n.º 2, a) e b). O CDADC traz os dois limites na mesma alínea – Art. 75.º, n.º 2, a) e ambos sujeitos à compensação equitativa. A forma como a transposição foi feita talvez possa ter levado à certa confusão entre os institutos que, apesar de próximos, guardam diferenças.

Conforme o TJUE pontuou no acórdão *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13), de 12.11.2015, há que diferenciar as reproduções de reprografia/impressão feita para fins comerciais daquela feita pelo utilizador em contexto privado. O problema se coloca porque a exceção para reprografia não identifica seus utilizadores, a finalidades da reprodução (se para fins privados e comerciais) e, com isso, as exceções da reprografia e uso privado podem acabar por se sobrepor parcialmente.³⁵⁴ Naquele caso, decidiu o TJUE que as reproduções realizadas por utilizadores que não sejam pessoas singulares, bem como as realizadas por pessoas singulares para um uso que não seja privado ou para fins comerciais, só são abrangidas pela exceção de reprografia.³⁵⁵

³⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP v Reprobel* (C-572/13), 2015, N.º 32-33.

³⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP v Reprobel* (C-572/13), 2015, N.º 34.

Vemos essa diferença de certo modo transposta na Lei da Cópia Privada em Portugal, que possui compensações equitativas com lógicas distintas para cópia reprográfica e para a cópia privada. Essa distinção verifica-se também na própria organização da AGECOP, que possui um Departamento para Cópia Reprográfica e outro para a Cópia Sonora e Audiovisual.

A compensação equitativa para cópia reprográfica não incide sobre os equipamentos de reprodução, mas sobre o volume de vendas de reprografias ao público pelos estabelecimentos que exploram comercialmente esta atividade. Assim, sobre o valor das vendas das cópias reprográficas, incide uma compensação de 3% sobre o preço de venda ao público. O valor arrecadado é gerido pelo Departamento para Cópia Reprográfica da AGECOP.

Após a última alteração da Lei da Cópia Privada, o Departamento para Cópia Reprográfica passou também a receber os valores decorrentes da compensação equitativa para cópia privada, instituída sobre os equipamentos que permitem a reprodução de obras escritas. Todo o valor arrecado as compensações equitativas – tanto pelas cópias reprográficas quanto pelas cópias privadas - deve ser e deve ser partilhado em 50% para os organismos representantes dos autores e 50% para os organismos dos editores (Art. 7.º - Afetação, n.º 2, a) e n), ii) da Lei da Cópia Privada).

Feitas as ponderações sobre o tema da compensação equitativa da cópia reprográfica, cumpre-nos avançar para um segundo ponto de controvérsia, que se prende aos sujeitos eleitos para a partilha dessa receita (e também da advinda da cópia privada sobre os equipamentos que viabilizam as cópias de obras escritas): a posição do editor.

A atribuição da compensação equitativa ao editor já estava prevista no Art. 76.º, n.º 1, b) do CDADC, tendo sido o montante estipulado pela Lei da Cópia Privada e em valor equivalente ao do autor. O problema a se elucidar é a posição do editor no sistema de Direito de Autor não ser equivalente nem ao autor nem a um titular de direitos conexos. A posição que este possa vir a assumir decorre tão somente da celebração do contrato de edição.

Em um artigo destinado ao problema supracitado, JOSÉ ALBERTO VIEIRA destaca que o contrato de edição não envolve nem o direito patrimonial de autor, nem um direito de

utilização a favor do editor. Do contrato provém apenas uma licença contratual de exploração da obra protegida, que não lhe confere a titularidade dos poderes envolvidos.³⁵⁶

Colocar o editor em situação de paridade com o autor é conferir ao editor um benefício que só vem a reforçar sua posição puramente econômica em detrimento dos rendimentos do autor. A solução adequada seria mantê-lo de fora do sistema de cópia privada e atribuir as receitas apenas aos autores.³⁵⁷

No entanto, não foi esta a posição do legislador português. O editor está em posição de igualdade ao autor para percepção das compensações equitativas previstas pela Lei da Cópia Privada.

Conforme já analisamos no âmbito do estudo feito no Capítulo 3 sobre o Acórdão *HP v. Reprobel* (C-572/13), para o TJUE, a possibilidade de inclusão dos editores enquanto beneficiários da compensação equitativa dependeria de uma obrigação dos mesmos, ainda que indireta, de fazer com que os autores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados.³⁵⁸

A Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital, de 14 de Setembro de 2016, veio a reforçar o papel do editor enquanto beneficiário da compensação equitativa para a cópia privada. O Considerando 36 consigna que os Estados-Membros devem ser autorizados a determinar que, quando um autor tenha transferido ou licenciado seus direitos a um editor e existe um sistema de compensação equitativa instituído para remunerar os danos causados por uma exceção ou limitação, os editores têm direito a reclamar uma parte dessa compensação.³⁵⁹

Assim, temos que a conclusão do Acórdão *HP v. Reprobel* (C-572/13) foi flexibilizada em proposta legislativa da Comissão e o atual contexto é pela admissibilidade da figura do editor enquanto parte elegível à percepção da compensação equitativa.

Reiteramos nossa dúvida sobre esta conclusão. Não podemos deixar de pontuar que ela parece refletir – como a história do Direito de Autor já demonstrou – a força económica exercida pelos editores, ora em prol mas ora também em certa concorrência dos direitos do criador intelectual.

³⁵⁶ VIEIRA, José Alberto. “A posição do editor na cópia privada”. In: *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 1, p. 151-159, 2014, p. 151.

³⁵⁷ VIEIRA, 2014, p. 156 -158.

³⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *HP v Reprobel* (C-572/13), 2015, N.º 48 e 49.

³⁵⁹ Vide nota 257.

Pois bem. Apresentados os dois pontos de maior controvérsia no âmbito da distribuição, cumpre-nos ainda analisar um tema de bastante relevância para o sistema da cópia privada em Portugal: as isenções.

4.4.4 Isenções

A Lei da Cópia Privada também enumera alguns casos em que a compensação equitativa deve ser isenta. O rol foi ampliado (com a inclusão das finalidades profissionais) e melhor detalhado em relação à redação anterior.

Portugal optou por um sistema de isenções que exige que a responsabilidade pelo pagamento da compensação equitativa seja afastada previamente a aquisição dos equipamentos. Não há um sistema de reembolso que viabilize a devolução do valor pago caso o procedimento previsto pela lei – que implica na emissão de uma “declaração de isenção” – não seja observado.

Nos termos do Art. 4.º, n.º 1 estão isentos de pagamento os equipamentos e suportes adquiridos por pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, sob as seguintes condições: a) quando a atividade tenha por objeto a comunicação audiovisual ou a produção de fonogramas e de videogramas, exclusivamente para as suas próprias produções; b) quando a atividade tenha por objeto apoio às pessoas com deficiência; c) quando a atividade tenha por objeto a salvaguarda do patrimônio cultural móvel; d) quando os suportes sejam utilizados para uso exclusivo da atividade profissional do autor, designadamente: na atividade de fotógrafo, designer, arquiteto ou engenheiro e profissões artísticas enquadradas que assim sejam enquadradas em termos fiscais (pelo código da atividade económica); e e) quando os aparelhos, dispositivos ou suportes sejam destinados exclusivamente para fins clínicos, missões públicas de defesa, justiça, áreas de segurança interna e investigação científica, bem como daqueles utilizados para garantia de acessibilidade para pessoas com deficiência.

Além disso, estão ainda isentas de pagamento das compensações as pessoas coletivas que utilizem: a) memórias ou discos rígidos integrados em computadores, excluídos aqueles integrados em aparelhos com função de televisor ; e b) discos rígidos internos ou externos que dependam de um computador ou de outros equipamentos ou aparelhos para desempenhar a função de reprodução e que permitam o armazenamento de imagens e sons; sem os

disponibilizarem a pessoas singulares para uso pessoal, desde que os equipamentos e suportes sejam parte integrante de sistemas de processos automatizados de gestão documental e de dados que não incluam reproduções de obras protegidas (Art. 4º, n.º 4). Esta previsão parece ter como objetivo isentar do dever de pagamento da compensação equitativa, os computadores destinados à atividade empresarial corrente de pessoas coletivas.

Estão ainda isentos do pagamento das compensações equitativas os aparelhos, dispositivos e suportes destinados à exportação (Art. 4º, n.º 5).

O pedido de isenção deverá ser requerido à AGE COP, previamente à aquisição dos equipamentos e suportes, mediante apresentação de uma declaração que conste que a utilização dos mesmos se integra numa situação de isenção, indicando e comprovando o respectivo objeto da atividade profissional (quando este for o caso). A AGE COP terá o prazo de quinze dias a contar da entrega do requerimento para emitir uma “declaração de isenção”. Caso a declaração não seja emitida em referido prazo, o requerente poderá beneficiar-se da isenção mediante apresentação, no momento da compra do equipamento, do respectivo comprovativo de entrega do pedido de isenção (Art 4.º, n.º 2 e 3).

A Lei da Cópia Privada elegeu, portanto, quatro situações gerais para legitimar as isenções: i) entidades que tenham finalidades sociais de apoio à cultura, pessoas com deficiência ou interesses públicos (alíneas b, c, e), ii) as pessoas singulares ou coletivas que utilizem os equipamentos para suas próprias produções, desde que essas envolvam criações intelectuais (alíneas a, d), iii) quando a finalidade de uma aquisição feita por pessoa coletiva seja diversa da realização de cópias de obra intelectual para uso privado - Art. 4º, n.º 4, e iv) quando os equipamentos sejam destinados a exportação - Art. 4º, n.º 5.

Destas quatro situações, algumas reflexões merecem ser feitas sobre aquelas que implicam na isenção da compensação equitativa sobre os equipamentos que serão nitidamente destinados à atividade profissional, seja de criação intelectual (pois cobrar a compensação equitativa seria onerar os criadores intelectuais pela utilização dos equipamentos na própria atividade criativa) seja de atividades que não tenham qualquer relação com a reprodução de obras intelectuais para uso privado (onde os equipamento sirvam à mera gestão documental).

Conforme tivemos a oportunidade de analisar no recente Acórdão *Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) et al* (C-110/2015), de 22.09.2016, não se deve sujeitar ao pagamento da compensação equitativa,

peças (singulares ou coletivas) que utilizavam equipamentos com finalidades manifestamente diferentes das da cópia privada, designadamente no âmbito de suas atividades profissionais. Essa situação é prevista pela lei italiana com distorção, uma vez que a isenção depende de protocolo com a entidade de gestão coletiva.³⁶⁰ A conclusão do TJ/UE é de que o sistema de isenção não deve tornar excessivamente difícil a restituição do montante dos valores pagos, a fim de viabilizar a correção de eventuais desequilíbrios criados pelo sistema de compensação equitativa.³⁶¹

Diferentemente da lei italiana, a lei portuguesa prevê a possibilidade de isenções para as atividades profissionais a que nos referimos. Cabe-nos questionar se o sistema é simples e tem a relevância merecida.

A fim de verificar como o sistema vem sendo operacionalizado com a nova Lei da Cópia Privada, solicitamos à AGE COP os índices de pedidos de isenção efetuados desde a entrada em vigor da nova lei (5 de Julho de 2015) até Outubro de 2016 (data da conclusão deste trabalho). A informação facultada pela contabilidade da Associação, indica que nesse período foram feitos 49 pedidos: 37 por pessoas coletivas e 12 por pessoas singulares.³⁶²

Conforme podemos verificar na tabela anexa às referências deste trabalho, a maioria dos pedidos concentra-se nas alíneas que preveem a utilização dos equipamentos para as finalidades sociais requeridas (19 pedidos), seguida das atividades profissionais dos autores (17 pedidos) e das pessoas coletivas para gestão documental (11 pedidos). Em relação às demais alíneas de isenção, temos apenas 1 pedido para atividade que tenha por objeto a comunicação audiovisual ou a produção de fonogramas e de videogramas, exclusivamente para as próprias produções, 1 para a atividade tenha por objeto a salvaguarda do património cultural móvel e nenhum para atividade tenha por objeto apoio às pessoas com deficiência.

Não pretendemos aqui uma análise que implique em maior profundidade ou método em termos estatísticos. Nosso objetivo é apenas ilustrar as situações de isenção que formalizaram-se à AGE COP desde a entrada em vigor da nova Lei da Cópia Privada.

A primeira reflexão que fazemos é que parecem ter sido poucos os pedidos. Talvez um reflexo da pouca intimidade com o novo regime que só agora passou a abranger uma série de equipamentos que antes não estavam sujeitos a compensação equitativa.

³⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Microsoft Mobile et al v MIBAC e tal (C-110/2015)*, 2016, N.º 40 e 47.

³⁶¹ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Microsoft Mobile et al v MIBAC e tal (C-110/2015)*, 2016, N.º 37.

³⁶² Informação facultada pela Sra. Elisabete Alves, do Departamento de Contabilidade da AGE COP, enviada por para o correio eletrónico da autora em 13.10.2016.

A segunda reflexão é que as situações de isenção baseadas nos autores profissionais (Art. 4, n.º 1, d) e nas pessoas coletivas para gestão documental (Art. 4º, n.º 4) implicam em um total de 28 pedidos, 57.17% (mais da metade) dos pedidos de isenção feitos à AGE COP. Ressaltamos esses dados porque diferentemente dos demais, essas situações de isenção são as que necessariamente excluem a realização de cópias privadas. As demais admitem-na, mas tendo em vista a finalidade da utilização (fins sociais, filantrópicos) o legislador optou por isentá-las. As de uso profissional são, portanto, isenções importantes para maior precisão do sistema de compensação equitativa.

Por fim, arriscamos uma terceira reflexão: o fato de que as isenções parecem ser insuficientes para o consumidor final, pessoa singular. O mecanismo de isenção tem potencial para funcionar bem no âmbito das pessoas coletivas para suas atividades de gestão e dos profissionais autores. Mas não viabiliza que um consumidor que adquira um equipamento exclusivamente para sua atividade profissional - que nada tenha a ver com a atividade de criação intelectual - possa requerer uma isenção. A isenção neste âmbito é feita apenas às pessoas coletivas (Art. 4º, n.º 4). Arriscamos ponderar que um mecanismo de reembolso, com procedimentos mais simples ao consumidor empresário individual que pretenda utilizar o equipamento em um contexto profissional, fosse uma alternativa a se ponderar.

Talvez estejamos a ser levados por um excessivo exercício de presunções, que tantas vezes foi objeto de ponderação no âmbito da jurisprudência do TJUE, que é de aferir a efetiva utilização do equipamento para a cópia privada. Esbarramos aqui na privacidade do utilizador que é, no fundo, a justificadora do limite da cópia privada e da instituição da cobrança da compensação equitativa enquanto mecanismo alternativo para compensação dos titulares de direitos.

O que gostaríamos de ressaltar deste ponto é que o sistema de isenção talvez mereça maior atenção - tanto da perspectiva do legislador, quanto de sua implementação - pois parece ser um importante mecanismo para a maior precisão do sistema de compensação equitativa para a cópia privada.

4.5 CÓPIA PRIVADA EM PERSPECTIVA: O DIAGNÓSTICO DO PRIMEIRO ANO DA NOVA LEI E O FUTURO DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO EQUITATIVA EM PORTUGAL

A nova Lei da Cópia Privada permitiu uma maior amplitude do sistema de recolha da compensação equitativa, já que o rol dos aparelhos sujeitos à compensação foi, como já destacamos, sensivelmente ampliado. Passou-se a considerar equipamentos e dispositivos digitais que permitem o armazenamento e reprodução de conteúdos protegidos: memórias USB, cartões de memória, discos rígidos integrados em leitores de MP3 e MP4, telemóveis, *smarthphones*, *tablets*, boxes digitais e discos multimídia. A extensão da arrecadação foi, naturalmente, ampliada de modo considerável.

Em março de 2016 a AGE COP publicou seu relatório de contas do ano de 2015, referente as quantias cobradas no período de 1 de dezembro de 2014 a 30 de novembro de 2015, ou seja, decorridos apenas cinco meses de aplicação da nova lei. A faturação total deste período foi de €3.286.884,79, face aos €599.40,61 do ano anterior: um aumento de 448,14% na arrecadação total.³⁶³

Os números são mais surpreendentes quando analisados de acordo com a natureza dos suportes: o Departamento da Cópia Sonora e Audiovisual apresentou um volume de faturação de €2.677.782,95, face aos €592.810,66 de 2 014, representando um aumento de 351,71%. O Departamento para a Cópia Gráfica e Reprográfica revelam uma faturação de €609.101,84 face aos €6.829,95 do ano anterior: um acréscimo de 8.818,10%.

O aumento expressivo dos valores destinados ao Departamento para a Cópia Gráfica e Reprográfica resulta do fato deste departamento, antes beneficiário apenas da compensação pela reprografia, ter agora direito às compensações equitativas para a cópia privada incidentes sobre equipamentos de reprodução de obras escritas (impressoras, fotocopiadoras e ainda parte das compensações cobradas sobre as memórias USB e cartões de memórias integrados em computadores).

Apesar da ampla arrecadação deste Departamento, os valores ainda não foram distribuídos entre as associações representantes dos interesses dos autores e editores. A

³⁶³ ASSOCIAÇÃO PARA GESTÃO DA CÓPIA PRIVADA (AGE COP). *Relatório de Gestão de 2015*. Lisboa: AGE COP, 2016. Disponível em: < <http://www.agecop.pt/pdf/relatoriocontas2015.pdf> >. Acesso em: 1 abr. 2016.

justificativa é de que são necessários estudos sobre a natureza das obras reproduzidas e os hábitos de cópia da população portuguesa, conforme enuncia o Art. 6.º, n.º 3, b) da Lei da Cópia Privada, que enuncia os fatores que devem ser levados em conta na fixação dos critérios de repartição da compensação equitativa entre os membros das associações. O estudo se mostra necessário para que se verifique qual a margem de utilização, por exemplo, das memórias integradas em computadores para cópias de obras escritas, já que estes equipamento servem à reprodução de uma multiplicidade de gêneros de obras.

O Relatório traz ainda um gráfico com a evolução da faturação entre os anos de 2005 a 2015, onde é possível perceber alguns reflexos da utilização de equipamentos de reprodução. A partir do ano de 2006 a faturação entra em acentuado declínio, voltando a recuperar-se apenas em 2015, com a aprovação da nova Lei da Cópia Privada. O decréscimo parece estar naturalmente vinculado ao desuso em que caíram os equipamentos virgens de reprodução (CD-R e DVD-RW). A redação de original (de 1998) limitava-se a prever que a compensação incidia sobre os suportes materiais virgens analógicos. A alteração de 2004, excluiu expressamente os equipamentos digitais, tendo sido apenas em 2015 que um amplo rol exemplificativo dos equipamentos foi inserido, ampliando sobremaneira os equipamentos sujeitos á compensação equitativa.

Deste cenário, fica uma possível percepção de que a gestão coletiva perseguida no âmbito da cópia privada parece ter tentado adequar-se a nova realidade de utilização de equipamentos, de modo a retomar sua força de arrecadação. Tal ideia leva-nos, inevitavelmente, a alguma reflexão sobre os sistemas de gestão coletiva.

JOSÉ ALBERTO VIEIRA faz severas críticas a gestão coletiva no âmbito da cópia privada e aponta dois defeitos ao sistema. O primeiro, de injustificável arrecadação de receitas - o que evidenciamos exaustivamente nesse estudo, ante a demonstração das dificuldades legislativas e jurisprudenciais de encontrar um sistema justo de compensação equitativa que efetivamente incida apenas sobre equipamentos destinados a realização de cópias privadas (o que verificamos ser impossível).

O segundo ponto, mais delicado, prende-se a falhas na distribuição da compensação equitativa aos titulares dos Direitos de Autor e Conexos cujas obras são efetivamente reproduzidas no contexto privado. Isso porque nem todos os titulares de direitos estariam

representados pelas entidades de gestão coletiva beneficiárias da distribuição.³⁶⁴ Não é nosso propósito avançar sobre o debate sobre as dificuldades próprias da gestão coletiva. O que releva apontar para nosso estudo é que toda a complexidade que permeia a compensação equitativa para a cópia privada encontra um segundo desafio, que é a chegada e efetiva remuneração dos titulares de direitos em tese prejudicados com a atividade de cópia.

Da análise que fizemos sobre a lei portuguesa acreditamos ter sido possível identificar alguns temas que revelam este cenário problemático. Começamos pela questão da ilicitude da obra copiada, cujo debate parece ter se encerrado apenas em 2014, ante o precedente da jurisprudência comunitário do caso *ACI Adam et al v. Stichting de Thuis kopie* (C-435/12). No âmbito da compensação equitativa, diversas questões se colocam: as características dos equipamentos e a efetiva finalidade para reprodução privada de obras intelectuais, a existência de um (efetivo ou presumido?) prejuízo. No âmbito pagamento, também desafios referentes a sobreposição entre as cópias privadas e reprográficas e o elenco de beneficiário cuja legitimidade seja questionável (como é o caso do editor). As hipóteses de isenções – apesar de sua reconhecida relevância no âmbito da jurisprudência do TJUE para contornar os desajustes dos sistemas de compensação equitativa – ainda são pouco populares no âmbito da lei portuguesa. Por fim, o próprio sistema de distribuição e suas fragilidades inerentes à gestão coletiva que acabamos de referir.

Todas essas dificuldades talvez possam revelar que o sistema sempre teve dificuldades de ajustes porque tem em contrapartida uma questão essencial: a privacidade do utilizador. É em nome dela que torna-se impossível aferir – porque não é desejável – se as obras intelectuais são reproduzidas, como são, quando são e quantas vezes o são. É por isso que a cópia privada é uma forma de utilização livre. Livre mas valorada pelo legislador e por isso a instituição de um sistema de compensação equitativa.

Para além da privacidade o outro fator que parece colocar em desajuste o sistema é o advento da tecnologia digital. Suportes de memória – como os amplamente descritos pela lei portuguesa – são cada vez mais desnecessários e quantificar a compensação equitativa por esta capacidade, passa a fazer cada vez menos sentido com o passar do tempo. A *cloud*, o *streaming* são novas realidades de utilização que anunciam uma transição do sistema de

³⁶⁴ José Alberto Vieira utiliza o exemplo da compensação equitativa sobre as obras reprografadas, em sua grande maioria, manuais escolares e obras científicas dos vários graus de ensino e que seus autores, não são em regra membros de entidades de gestão coletiva. Cfr. VIEIRA, José Alberto Coelho. “Gestão Coletiva: Reflexões Dispersas de Política Legislativa”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 340-341.

compensação equitativa para cópia privada em “sistemas alternativos de compensação”.³⁶⁵ Por intermédio desses sistemas, instituir-se-iam licenças compulsórias para utilização das obras intelectuais pelo modo, número e quantidade que o utilizador desejasse.

A ideia do estabelecimento desses sistemas alternativos, parte do pressuposto de que cada vez mais as obras intelectuais estão a ser utilizadas via plataformas digitais. O controle dessas utilizações é cada vez mais difícil de aferir. Falamos das plataformas de *user generated content* em que o conteúdo – próprio ou de terceiros - é inserido pelo próprio utilizador (como é, por exemplo, o YouTube³⁶⁶). Apesar de populares, algumas delas são bastante criticadas pelos detentores de direitos já que viabilizam utilizações que não comportam uma efetiva remuneração aos autores. Sob a justificativa de que seriam meros intermediários, essas plataformas muitas vezes deixam de controlar violações aos direitos dos autores. Para além disso, as remunerações pagas por elas são contestadas pelos titulares de Direitos de Autor e Conexos por parecerem insuficientes ante as diversas maneiras – e amplo número - de utilizações que viabilizam enquanto verdadeiras distribuidoras de conteúdo criativo.

Em Junho de 2016, mil artistas e autores de obras musicais (dentre eles mais de setenta portugueses) endereçaram uma carta à Comissão Europeia pleiteando providências para tentar mitigar a lacuna existente entre o consumo da música digital e o baixo valor da receita destinada aos titulares de direitos por essas plataformas.³⁶⁷ A necessidade de pensar sistemas alternativos de compensação já está na pauta da Comissão Europeia e foi mencionada na Resolução Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014, sobre as taxas relativas às cópias para uso privado (2013/2014(INI) – Considerando E e Ponto 6), na Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de julho de 2015, sobre a aplicação da Diretiva da Sociedade da Informação (2014/2256(INI) – Pontos 56 e 57) e, por fim na Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital apresentada em 14 de Setembro de 2016.

³⁶⁵ QUINTAIS, João Pedro. “Alternative compensation models for large-scale non-commercial online uses”. In: *ALAI International Congress – 50 Years of the German Copyright Act: Remuneration for the Use of Works – Exclusivity vs. Other Approaches*, Bonn, 2015c. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2625492 >. Acesso em 1 out. 2016.

³⁶⁶ O Youtube é um website que permite que o utilizadores carreguem e partilhem vídeos em formato digital. Criado em 14 fevereiro de 2005 pelos americanos Chad Hurley, Steve Chene Jawed Karim, foi adquirido pela Google em 2006 e constituiu hoje a maior plataforma de compartilhamento de vídeos do mundo. Informação disponível em: <https://www.youtube.com/yt/about/pt-BR/>

³⁶⁷ SMIRKE, Richard. “1000 Artists including Coldplay, Lady Gaga, Ed Sheeran Write Letter to European Leaders Over Youtube. *Billboard*, 30 Jun 2016. In <http://www.billboard.com/articles/business/7423884/1000-artists-letter-european-commission-value-gap-safe-harbor> Acesso em 10 Jul 2016.

Entretanto, a forma como um sistema alternativo de compensação possa vir a ser instituído é ainda um desafio. Como já referimos as possibilidades de controle encontram obstáculos de potenciais conflitos com outros direitos: liberdade de informação e expressão, privacidade e a proteção dos dados pessoais. Onerar o utilizador é penalizar o público e consumidor das obras intelectuais e desencorajar o acesso aos conteúdos criativos. Sob a perspectiva dos provedores das comunicações eletrônicas, também pode implicar em limites a livre iniciativa dos mesmos em conduzirem seus negócios.³⁶⁸ É o que LESSIG já anunciara, e ao que referimos no início desse trabalho de que o Direito de Autor sempre encontrará mecanismos que assegurem sua proteção e efetividade, o principal desafio será viabilizar o acesso a obra, sem que isso implique em maior ingerência ou ofensa em outros direitos igualmente relevantes.³⁶⁹

Dentre as possibilidades de sistemas alternativos, argumenta-se que a própria recolha pelo Orçamento Geral do Estado (como o do sistema Espanhol reconhecido como inadequado pelo TJUE) seria uma opção. Solução menos genérica seria a possibilidade de uma “*flat-rate*” (ou “taxa fixa”) constituída por uma permissão legal para que particulares, sem fins comerciais, copiassem e utilizassem em seu âmbito privado obras protegidas por direitos de autor e conexos. A taxa seria paga pelos utilizadores da Internet, recolhida pelos operadores de comunicação eletrónica e gerida por uma entidade de gestão coletiva para o efeito.³⁷⁰ Portugal tem duas iniciativas que consignam a ideia da “taxa fixa” que vale referirmos.

A primeira, denominada “contribuição audiovisual” e instituída pela Lei 30/2003 de 22 de Agosto, prevê o financiamento do serviço público de radiodifusão e de televisão. Não foi pensada na lógica direta de compensação aos titulares de direitos de autores e conexos (a lei não refere ser esse o objetivo) mas sim, na ideia de reclamar a participação social nos

³⁶⁸ QUINTAIS, João Pedro. “Alternative compensation models for large-scale non-commercial online uses”. In: *ALAI International Congress – 50 Years of the German Copyright Act: Remuneration for the Use of Works – Exclusivity vs. Other Approaches*, Bonn, 2015c. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2625492>. Acesso em 1 out. 2016. p.1.

³⁶⁹ Sobre a alteração do paradigma proteção x acesso, o autor consigna: “In such an age – in a time when the protections are being perfected – the real question for law is not, how can law aid in that protection? But rather, is the protection to great? The mavens were right when they predicted that cyberspace will teach us that everything we thought about copyright is protected far too well. The problem will center not on copy-right but on copy-duty – the duty of owners of protected property to make that property accessible.” LESSIG, Lawrence. “Code and other Laws of Cyberspace”. New York: Basic Books, 1999. p. 127.

³⁷⁰ DOBUSH, Leonhard. Extending Private Copying Levies: Approaching a Cultural Flat-rate? 30 Jan 2010 In: <https://governancexborders.com/2010/01/30/extending-private-copying-levies-approaching-a-culture-flat-rate/> Acesso em 15 Jul 2016.

custos do serviço público de radiodifusão e televisão. Indiretamente, a contribuição acaba por incluir o custo dos direitos de propriedade intelectual das produções televisivas por intermédio de acordos da Rádio e Televisão de Portugal, SGPS, S.A (RTP) – cosignatária exclusiva da contribuição - com entidades de gestão coletiva.

A contribuição incide sobre o fornecimento de energia elétrica para uso doméstico, sendo a mesma devida mensalmente pelos respectivos consumidores e cobrada através das empresas distribuidoras de eletricidade, juntamente com o preço relativo ao seu fornecimento. A última atualização do valor foi feita pelo Orçamento Geral do Estado de 2016: 2,85 Euros por mês, estando isentos consumidores cujo consumo mensal de energia seja inferior a 400kWh.

A segunda iniciativa - essa sim, talvez mais próxima da ideia de um mecanismo de compensação alternativo ao sistema da cópia privada - foi anunciada em uma Proposta do Partido Comunista Português (Projeto de lei n.º 228/XII do PCP – Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos, de 04 de Maio de 2012) e tinha como objetivo a fixação de uma quantia fixa - 0,75 Euros - aos operadores de internet por cada contrato feito com consumidores.³⁷¹

A proposta foi severamente criticada. O sistema proposto viabilizava a total legalidade das partilhas de ficheiros caso o titular de direito tivesse com ela consentido. O problema é que “não consentir” com a partilha da obra não impede que ela efetivamente, ocorra. Assim, sobriariam ao autor duas opções: autorizar a partilha e ser remunerado apenas pela entidade de gestão coletiva criada para o efeito ou não autorizá-la e ver a partilha acontecer, já que a proposta não previa qualquer meio para impedir ou fiscalizar a partilha não autorizada. O projeto foi entendido como um facilitador à partilha ilícita de conteúdos e uma grave limitação ao direito exclusivo do autor de autorizar a colocação da obra à disposição do público obrigando-o à imposição de uma remuneração por um sistema único de compensação equitativa.

A GEDIPE, nos comentários à proposta, afirmou que o projeto referia a uma “super remuneração pela cópia privada”, refletida a todos os utilizadores da Internet,

³⁷¹TIAGO, Miguel. OLIVEIRA, João. FILIPE, Antonio. SOARES, Bernardino. RAMOS, João. LOURENÇO, José. DE SOUSA, Jeronimo. NOVO, Honorário. RATO, Rita LOPES, Francisco. SANTOS, Paula. SÁ, Paulo. Projeto de lei n.º 228/XII do PCP –Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos, de 04 de Maio de 2012 <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36968>. Acesso em 15 ago. 2016.

independentemente ou não de utilizarem a rede para a partilha de ficheiros.³⁷² Ante as inúmeras críticas e incorreções apontadas ao sistema proposto, o projeto acabou por ser foi rejeitado em 17.04.2014.

Apesar de todas as falhas, não podemos deixar de apontar que a proposta é um importante mecanismo de debate sobre formas alternativas de compensação. Os pontos mal estruturados indicam a necessidade de se pensar efetivamente sobre mecanismos alternativos de compensação. A utilização da obra intelectual ganhou, com o advento da tecnologia digital, novos contornos. E essa realidade exigirá novas abordagens jurídicas.

O que é de se destacar com bons olhos, da análise que fizemos dos debates legislativos sobre a cópia privada em Portugal (mesmo que permeado por falhas inerentes às próprias dificuldades do sistema), das recentes construções doutrinárias e das medidas de cooperação entre as entidades de gestão coletiva, é que as questões contemporâneas de proteção aos Direitos de Autor e Conexos estão efetivamente em pauta em Portugal. E isso é benéfico para todos os sujeitos envolvidos no contexto: autores, artistas, consumidores e indústria cultural.

Arriscamos ponderar que seguimento do debate sobre as alternativas de compensação a um sistema para a cópia privada também deverá levar em conta sua efetiva necessidade. O tema da dupla remuneração parece ser ainda enfrentado com pouca profundidade, talvez ante o receio deste debate vir a enfraquecer a própria necessidade da compensação equitativa, mesmo que alternativa. São reflexões maiores, temas para um próximo estudo e novas perspectivas.

³⁷² SANTOS, Paulo. Comentários da GEDIPE ao Projecto de Lei nº 228/XII, do PCP, Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos. 12 de Setembro de 2013. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36968>

- CONCLUSÕES -

CONCLUSÕES

Chegados ao final do nosso estudo, cumpre-nos apresentar as principais conclusões. Elas consistem na compilação dos pontos controversos que apontamos ao longo do trabalho, de modo a permitir uma análise final de toda a problemática que permeia a Cópia Privada.

1. Os direitos de autor e conexos não são absolutos. Admite-se que em determinados casos e para proteger outros direitos – como o direito à informação e à privacidade – que sejam estabelecidos limites.
2. A cópia privada é a possibilidade de se efetuar uma cópia da obra intelectual para fins exclusivamente pessoais do utilizador. É, portanto, uma utilização que não depende de autorização do titular do direito e, por isso, classificada enquanto um limite ao direito do autor de autorizar a reprodução da obra.
3. Um limite cuja potencialidade de prejuízo ao autor é reconhecida e pelo qual entende-se necessário atribuir um mecanismo de compensação equitativa, incidente sobre os equipamentos que viabilizam a cópia. A cobrança é operacionalizada em gestão coletiva de modo a possibilitar uma remuneração aos titulares de direitos.
4. A "cópia" é, desde os primeiros contornos jurídicos relativos ao Direito de Autor, a atividade desencadeadora das maiores questões, tanto nos países que adotam o Sistema Continental de Direito de Autor quanto naqueles regidos pelo *Copyright*.
5. Desde o Séc. XVIII, o Grémio dos Livreiros de Paris, em França, e a *Stationer's Company*, na Inglaterra, tinham como preocupação as vicissitudes do processo de cópia e reprodução dos livros como uma garantia do autor ou editor.
6. Os sistemas guardam diferenças quanto à admissibilidade da cópia privada. Enquanto o sistema anglo-saxão considera-a em regra como uma violação do *Copyright* sobre a obra protegida, os países que adotam o modelo continental

admitem-na enquanto uma forma legítima de utilização. Essas diferenças partem de técnicas legislativas distintas para se estabelecer limites aos Direitos de Autor.

7. O Sistema Continental de limites aos direitos de autor tem suas bases na revisão feita á Convenção de Berna em 1967, que trouxe a Regra dos Três Passos. Tal regra, consiste na possibilidade de se mitigar o Direito de Autor : i) em certos casos especiais, ii) que não prejudiquem a exploração normal da obra, iii) nem causem um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.
8. A Diretiva da Sociedade da Informação, de 2001, optou pelo seguinte mecanismo para enunciação dos limites aos direitos de autor: uma lista de limites aos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público que os Estados-Membros poderiam optar por transpor aos ordenamentos nacionais - dentre eles, a cópia para uso privado. A esta lista acrescentou-se a Regra dos Três Passos, enquanto um mecanismo de ponderação.
9. O Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC) em Portugal, transpôs o mesmo método da Diretiva: uma lista fechada de utilizações (denominadas utilizações livres) e ao final, a necessidade de análise dessas utilizações pela perspectiva da Regra dos Três Passos.
10. Já o sistema do *Copyright* trabalha sob a aplicação de uma cláusula geral de avaliação no caso concreto, que leva em conta se a utilização da obra intelectual constitui “uso justo, razoável ou equitativo”: o *fair use*. Não há especificação em lei das utilizações que seriam legítimas sem a devida autorização do titular dos direitos sobre a obra intelectual.
11. Tentamos demonstrar no Capítulo 1 que, apesar das diferenças próprias de cada sistema, a possibilidade de utilizadores efetuarem cópias privadas é um tema comum e tem se revelado como um exemplo de aproximação entre eles. **Talvez reflexo recente da evolução digital que permitiu um âmbito mais extenso para a atividade de cópia: a celeridade das comunicações eletrónicas viabilizou**

novas maneiras para a utilização das obras intelectuais. Um fenómeno global que está a exigir respostas equivalentes dos sistemas jurídicos.

12. Os fenómenos do *time-shifting* de programas de televisão e do *download* não autorizado de obras protegidas são um exemplo desta aproximação. Tinham, até pouco tempo atrás, abordagens diferentes no âmbito do *Copyright* e do Sistema Continental, mas o cenário veio a se alterar para a verificação de respostas similares.
13. No âmbito do *Copyright*, a cópia privada tem vindo a se revelar não mais como uma violação aos direitos dos autores. O fenómeno do *time shifting* foi um exemplo dessa transição: a cópia privada viabilizada pelo *time shifting* foi reconhecida como *fair use* pelo precedente do caso *Sony v. Universal* (1984) e hoje discute-se suas condições, como recentemente demonstrou o caso *Fox v. Dish* (2015).
14. Na Europa, o *download* de obras adquiridas ilicitamente para uso privado foi em um primeiro momento abordado como um comportamento lícito do utilizador pois estaria abrangido pela cópia privada (*Buma/Stemra v. Kazaa*, 2002 e *FTD v. Eyeworks*, 2010). Solução absolutamente diversa do mesmo tema no âmbito do *Copyright* (*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc* e *MGM Studios, Inc v. Grokster, Inc.* (2005). Hoje, a solução de ambos os sistemas é comum após o precedente do *ACI Adam et al v. Stichting de Thuiskopie* (C-435/12 - TJUE) e a cópia privada de obras adquiridas ilicitamente é um comportamento inadmissível em ambos os sistemas.
15. Talvez tenhamos antecipado no Capítulo 1 algumas questões controversas do instituto da cópia privada. Nossa ideia foi apenas apresentar exemplos contemporâneos de abordagens dos dois sistemas de limites que tivessem como mote o tema da cópia privada. Tudo para permitir ao estudo uma perspectiva de reflexão e que fosse além da mera apresentação dos dois sistemas de limites ao Direitos de Autor.

16. Após termos localizado o limite da cópia privada no âmbito do Sistema Continental e do *Copyright*, avançamos para o Capítulo 2 onde pretendemos apresentar as bases históricas da cópia privada. Optamos por uma rápida apresentação de ordens jurídicas estrangeiras, de modo a permitir que o instituto fosse apresentado em contextos jurídicos diversos, aptos a evidenciarem os problemas suscitados pela compensação equitativa.
17. Começamos por apresentar a cópia privada na Alemanha, primeiro país a organizar um sistema para a compensação equitativa, na sequência de um precedente judicial de 1954 (*GEMA v. Grunding Corporation*). Já naquela época, a Suprema Corte da Alemanha reconheceu o limite da utilização privada, mas apontou que o avanço da tecnologia viria a trazer novos contornos para a forma de utilização das obras e que isso poderia privar os autores de receber a devida remuneração.
18. Avançamos para a análise do instituto em França, onde a remuneração pela Cópia Privada veio a ser definitivamente instituída em 1985, com a lei que visava regulamentar os direitos de autor/conexos dos produtores de fonogramas e videogramas de empresas de comunicação audiovisual. Na sequência da Alemanha, a França é hoje o segundo maior país em termos de arrecadação para a compensação equitativa para a cópia privada.
19. Entendemos relevante aprontar que a certa maturidade dos sistemas da Alemanha e da França não implica na ausência de questões sobre os seus fundamentos. Isso é detetável pelas consecutivas e recentes dificuldades de acordos com os fabricantes dos equipamentos de reprodução sobre o valor ideal da compensação equitativa.
20. Seguimos para a abordagem do tema em Espanha, que contém um sistema peculiar de recolha da compensação equitativa feito pelo Orçamento Geral do Estado, que foi, em Junho de 2016, declarado pelo TJUE como incompatível com a Diretiva da Sociedade da Informação. O país está, portanto, prestes a ter que repensar seu sistema de compensação equitativa para a cópia privada.

21. Vimos também que o Reino Unido, país que tem seu sistema de Direito de Autor sob as bases do *Copyright* instituiu em lei o limite da cópia privada, sem entretanto condicioná-lo à compensação equitativa. A previsão ficou em vigor durante poucos meses no início de 2015, sendo revogada pouco depois sob a justificativa de que não existiam estudos consistentes sobre a total ausência de prejuízos aos autores pela realização de cópias para uso privado que pudessem dispensar a compensação equitativa.
22. Por fim, entendemos pertinente apresentar como a matéria é abordada no Brasil em que se discute a reforma da Lei de Direitos Autorais e cujo projeto para a nova lei não contempla um sistema de compensação equitativa para a cópia para uso privado.
- 23. A apresentação dos diferentes contextos legislativos para a cópia privada permitiu-nos identificar que não há grande uniformidade no modo como os países instituem e debatem o tema da compensação equitativa.**
24. Os dois primeiros capítulos tiveram como base a contextualização histórica dos dois elementos do nosso estudo: primeiro, a cópia privada enquanto limite ao direito do autor e segundo, a compensação equitativa enquanto a condição a este limite.
25. Chegamos ao Capítulo 3 e ao momento de apresentarmos as questões controversas da cópia privada. As referências para tanto encontram-se nomeadamente na jurisprudência do TJUE, pelo que optamos, primeiramente, em apresentar as questões no âmbito da jurisprudência da UE, para em seguida fazê-lo no âmbito da lei portuguesa, objeto final do nosso estudo.
26. O tema da cópia privada tem estado bastante presente nos debates legislativos da União Europeia. São exemplos deste cenário: a Resolução de 27 de Fevereiro de 2014 (2013/2014(INI), sobre as taxas relativas à cópia para uso privado e a Resolução de 09 de Julho e 2015 (2014/2256(INI), para a harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos. Há também a recente Proposta

da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital apresentada em 14 de Setembro de 2016.

27. Deste cenário, destacamos, na Resolução de 09 de Julho de 2015 (2014/2256(INI), a nota pela necessidade de reforço de estudos capazes de avaliar um sistema justo de incidência, recolha e distribuição das taxas aplicáveis aos equipamentos que permitem a cópia para uso privado.
28. A questão do prejuízo aos direitos do autor é a grande celeuma da cópia para uso privado. Ao mesmo tempo que poderia se presumir a insignificância deste prejuízo, já que a cópia privada é em primeira medida uma liberalidade concedida ao utilizador para potencializar o desfrute da obra intelectual, busca-se igualmente, pelo estabelecimento de um sistema de compensação equitativa, tentar reparar esse suposto prejuízo.
29. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia possui precedentes importantes que permitem, hoje, delinear com maior margem de precisão as características de um sistema para a cópia privada. Referidos precedentes datam dos últimos dez anos e deles extraímos dois temas centrais relacionados com a aferição do prejuízo aos direitos do autor.
30. O primeiro tema está relacionado à licitude/ilicitude da obra copiada: tendo sido o exemplar copiado disponibilizado em violação ao direito de autor e ao direito conexo, será admitida a reprodução para uso privado? A disponibilização ao público de uma obra intelectual em violação a referidos direitos evidencia, por si só, um prejuízo. Se dela decorrer a possibilidade de uma legítima utilização privada, estamos a falar da viabilidade de se usufruir de obras adquiridas ilicitamente, onde o prejuízo aos direitos de autor parece ser evidente.
31. O Acórdão ACI *Adam et al v. Stichting de ThuisKopie* (C-435/12), julgado em 2014 pelo TJUE concluiu que a utilização privada de uma obra adquirida ilicitamente não está de acordo com a Diretiva da Sociedade da Informação. Tal utilização não está, portanto, abrangida pelo limite da cópia privada.

32. Ressaltamos um reflexo importante do julgamento do caso ACI Adam: o impacto da conclusão final pela retirada das utilizações privadas sobre as obras adquiridas ilicitamente para o cálculo da compensação equitativa.
33. O reflexo direto da retirada das cópias privadas de fontes ilícitas é a inevitável diminuição das taxas de compensação equitativa. Foi o que aconteceu na Holanda, país do precedente onde as taxas de compensação equitativa foram reduzidas em 30%.
34. O impacto do acórdão leva-nos a um segundo ponto de estudo: quais as características que um sistema de compensação equitativa deve perseguir e ajustar de maneira a refletir uma retribuição justa aos autores?
35. Neste ponto, apresentámos as controvérsias existentes sobre: i) os equipamentos de reprodução (a finalidade de utilização privada e as características que devem ter esses equipamentos para estarem sujeitos à compensação equitativa), ii) os responsáveis pelo pagamento (utilizador, fabricante, importador?), iii) a aferição do efetivo prejuízo e os critérios de distribuição e iv) os mecanismos de isenção e reembolso.
36. Começamos nossa análise pelo tema dos i) equipamentos de reprodução e a obrigatoriedade de utilização privada dos mesmos, com dois casos que tiveram origem em Espanha. Curiosamente o precedente mais antigo - *Padawan v. Sgae* (C-467/08), de 21.10.2010 - e um dos mais recentes *EGEDA et al v. Administración do Estado et al* (C-470/14), de 09.06.2016 - sobre a matéria.
37. O acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08) traz uma conclusão basilar a análise da compensação equitativa para a cópia privada: de que é necessário um vínculo entre a aplicação da compensação equitativa e a utilização presumida do equipamento para a realização de cópias para uso privado. A aplicação indiscriminada da compensação a equipamentos não destinados à cópia privada foi reconhecida como incompatível com a Diretiva da Sociedade da Informação.

38. O acórdão *EGEDA et al v. Administração do Estado et al* (C-470/14) veio a concluir pela oposição a um sistema de compensação equitativa por cópia privada financiado pelo Orçamento Geral do Estado. Esta forma de remuneração fora a medida adotada em Espanha na sequência do acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08), como uma potencial solução ante a impossibilidade de se identificar e quantificar o número de equipamentos destinados à cópia privada.
39. O que concluímos desses precedentes jurisprudenciais é que o TJUE parametrizou como requisito essencial para o cálculo da compensação equitativa a **necessidade de que os suportes sejam efetivamente destinados à cópia para uso privado**.
40. A orientação do TJUE presente em referidos acórdãos diz como o sistema não deve ser: não deve ser indiscriminado para todos os suportes, independentemente da finalidade de utilização, não deve ser decorrente de um orçamento geral do Estado que não garanta que o custo das compensações seja suportado unicamente pelos utilizadores de cópias privadas. Mas não diz como deve ser. E temos portanto detetada uma dificuldade comum aos Estados Membros de estabelecerem ou aproximarem-se de um sistema capaz de identificar com maior precisão a real finalidade da utilização dos equipamentos sujeitos à compensação equitativa.
41. Estabelecida a necessidade de utilização privada dos equipamentos, outro problema foi levado ao TJUE: hoje, a evolução digital permite que os equipamentos tenham múltiplas funções e não apenas a de reprodução. É possível instituir a compensação equitativa sobre suportes multifuncionais e sobre componentes que integrem esses suportes?
42. O acórdão *Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S* (C-463/12), de 05.03.2015 abordou esse tema e como vimos, reflete também uma interessante compilação de grande parte dos posicionamentos do TJUE sobre a cópia privada.
43. O entendimento do TJUE foi no sentido de que os Estados-Membros têm liberdade para determinar quem são as pessoas que devem pagar a compensação equitativa, bem como fixar a forma, as modalidades e o nível da referida

compensação. Desta conclusão, decorre que a mera capacidade de um equipamento realizar reproduções é suficiente para justificar a aplicação da compensação equitativa pela cópia privada.

44. Entretanto, o acórdão faz a ressalva de que, se a função de reprodução disponível para a realização de cópias for mínima e não comparável a suportes comumente utilizados para a realização de cópias privadas, mínimo será o prejuízo e possível nesse caso o afastamento da incidência da compensação equitativa.
45. O que faz o TJUE foi atribuir aos Tribunais dos Estados Membros autonomia para uma análise técnica sobre as funcionalidades dos equipamentos de reprodução. Difícil não questionar a efetividade desta orientação do ponto de vista prático. Se o próprio legislador e as entidades de gestão coletiva têm dificuldades em estabelecer critérios equânimes, os Tribunais certamente não terão melhor sorte nesta tarefa.
46. O que retiramos da conclusão do TJUE sobre este tema é que **a capacidade de realização de reproduções para uso privado – se não for nitidamente mínima - parece ser suficiente para incidência da compensação equitativa, seja qual for a forma e o veículo em que a reprodução se processará.**
47. Depois da análise dos equipamentos sujeitos à compensação equitativa, avançamos para o estudo dos ii) sujeitos responsáveis pelo pagamento. O Acórdão *Stichting de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland* (C-462/09), de 16.06.2011 concluiu que é o utilizador final que efetua, a título privado, a reprodução de uma obra protegida deve, em princípio, ser considerado devedor da compensação equitativa. Porém ante a dificuldade de cobrança do utilizador final, **é permitido aos Estados-Membros instaurar uma taxa por cópia privada a cargo das pessoas que disponibilizam equipamentos de reprodução ao utilizador final, visto que estas pessoas têm a possibilidade de repercutir o montante desta taxa no preço que o utilizador final paga pelo equipamento.**

48. O Acórdão também concluiu que cabe ao Estado-Membro em que ocorre o prejuízo causado aos autores pela utilização das obras para uso privado, garantir que estes autores recebam efetivamente a compensação equitativa. Apesar de do ponto de vista teórico ser uma conclusão o que traz força aos sistemas de compensação equitativa dos Estados-Membros, não há como negar a dificuldade de aplicação prática das conclusões. A identificação dos vendedores é a primeira delas. Na sequência, a demanda pelo pagamento da compensação equitativa contra um fabricante/distribuidor situado em um Estado-Membro diferente. Trata-se de fator que depende da força de persecução da entidade de compensação equitativa interessada em efetivar a cobrança o que varia substancialmente entre os Estados-Membros.
49. Pontuadas as controvérsias sobre a responsabilidade pelo pagamento, avançamos para o tema do iii) prejuízo e da distribuição. Sobre o prejuízo estudamos a suposta irrelevância, para incidência da compensação equitativa, da autorização do titular dos Direitos de Autor e Direitos Conexos para que o utilizador realize a reprodução para uso privado. A questão que emerge desta premissa parece ser a de uma possível dupla cobrança pela reprodução da obra: se ao adquiri-la o utilizador remunera o titular do direito pelas possíveis reproduções que poderá fazer, faria sentido incluir mais uma remuneração sobre o suporte que permitirá tal reprodução?
50. O Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al* (C-457/11 e C- 460/11), de 27.05.2013 é o único acórdão que parece abordar com maior frontalidade a questão mas, ainda assim, o faz sem a profundidade desejável.
51. O acórdão limita-se a pontuar ter sido uma opção do legislador comunitário de prever um limite/exceção facultativo condicionado a uma compensação equitativa. Sendo uma faculdade do legislador comunitário, se optar por fazê-lo, deve condicioná-lo à compensação, cujo dever de instituir só estaria excluído se tal limitação não fosse transposta para o Estado-Membro.

52. O que desta conclusão extraímos é que, para o TJUE **a compensação equitativa é a condição para a exceção da cópia privada não derogável pela existência de autorização prévia do titular da obra protegida.**
53. Questionamos essa conclusão, sob o argumento de que o tema da dupla remuneração é bastante relevante para percebermos a real e efetiva necessidade de uma compensação equitativa para a cópia privada.
54. Se os titulares de direitos puderem autorizar a realização de cópias privadas, a autorização não pode ser considerada um ato desprovido de qualquer efeito jurídico. Deverá ser reconhecido um prejuízo mínimo e afastado o dever da compensação equitativa. Se entretanto, o autor não a autorizou, a compensação equitativa encontraria maior legitimidade.
55. No entanto, não podemos deixar de pensar na dificuldade prática de implementar tal análise. A compensação equitativa pela cópia privada incide sobre os equipamentos de reprodução. A autorização concedida pelo autor para a cópia privada é feita quando esse disponibiliza a obra. Parece que temos aqui dois caminhos paralelos: o equipamento de reprodução e a aquisição da obra intelectual. Não se consegue diferenciar se equipamento sujeito à compensação equitativa será utilizado para reproduzir obras cuja cópia privada tenha sido autorizada e obras cuja cópia privada não tenha sido autorizada. Caímos novamente em uma resposta teórica ao problema.
56. Conseguimos, portanto, apontar que a dupla remuneração é uma questão relevante mas sem maior precisão de resposta na jurisprudência do TJUE, **que parece oscilar em definir a compensação equitativa como condição para o limite da cópia privada, mas ao mesmo tempo, discutir os meandros de sua efetiva aplicação, ao debater exaustivamente a questão do prejuízo.**
57. Pontuada esta aparente incongruência, partimos para a problematização da distribuição dos valores recolhidos pela compensação equitativa: o acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-521/11), de 11.07.2013 pontua novamente que a

compensação equitativa dever ser vista como a contrapartida do prejuízo sofrido pelos titulares do direito exclusivo de reprodução em razão da introdução da exceção de cópia privada, e que esta deve ser calculada com base nesse prejuízo. No entanto, tal premissa não impede que uma parte das receitas destinadas à compensação equitativa seja paga indiretamente aos titulares, por intermédio de instituições sociais e culturais criadas em seu nome.

58. O Acórdão *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13) debate a impossibilidade de se atribuir metade da compensação equitativa aos editores, sem nenhuma obrigação destes fazerem os autores beneficiarem-se, mesmo que indiretamente, de uma parte da compensação. A única margem que o TJUE parece conceder para uma possibilidade de inclusão dos editores é de que estes tenham uma obrigação, ainda que indireta, de fazer com que os autores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados.
59. Novamente, encontramos na jurisprudência um posicionamento ainda insuficiente para harmonizar o tema. Assim como na questão do prejuízo, parece-nos que o TJUE começa a abordagem da questão com base em pressupostos firmes de convicção (pela inadmissibilidade do editor enquanto beneficiário da compensação equitativa) mas que são de certa forma flexibilizáveis do ponto de vista prático.
60. Em 14 de Setembro de 2016 a Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os Direitos de Autor para um Mercado Único Digital, trouxe, no Considerando 36, a previsão de que os Estados-Membros devem ser autorizados a determinar que, quando um autor tenha transferido ou licenciado seus direitos a um editor e existe um sistema de compensação equitativa instituído para remunerar os danos causados por uma exceção ou limitação, os editores têm direito a reclamar uma parte dessa compensação.
61. Assim, temos que a conclusão do Acórdão *HP v. Reprobel* (C-572/13) foi flexibilizada em proposta legislativa da Comissão e **o atual contexto da UE é**

pela admissibilidade da figura do editor enquanto parte elegível à percepção da compensação equitativa.

62. Debatido o tema da distribuição, resta-nos a análise sobre os iv) mecanismos de isenção. O TJUE analisou com maior afinco o tema das isenções/reembolsos no *Acórdão Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) et al (C-110/2015)*, de 22.09.2016.
63. Como já pontuado nos demais acórdãos, tendo em conta as dificuldades práticas para identificar os utilizadores privados e obrigá-los a indemnizar os titulares do direito, o dever de pagamento deve ser atribuído aos fornecedores e distribuidores que disponibilizam esses equipamentos a particulares, desde que haja mecanismos de isenção e reembolso capazes de afastar esse dever de pagamento quando a compensação não seja devida.
64. Para o TJUE, os mecanismos de isenção/reembolso devem ser efetivos e não devem tornar excessivamente difícil a restituição do montante dos valores pagos, a fim de viabilizar eventuais correções de desequilíbrios criados pelo sistema de compensação equitativa.
65. O que de mais relevante retiramos de referido acórdão parece ser o despontar para **a importância dos mecanismos de isenções e reembolso como alternativas disponíveis para equilibrar, a curto prazo, o sistema de compensação equitativa para a cópia privada**. Em meio às dificuldades que a evolução digital coloca à cópia privada, o fortalecimento dessas hipóteses talvez seja, de imediato, a forma de conceder maior precisão aos sistemas de compensação equitativa.
66. Os acórdãos do TJUE viabilizaram-nos a análise de aspetos críticos dos sistemas de compensação equitativa para a cópia privada. Observando com a atenção as conclusões do TJUE, identificamos uma possível lacuna na interpretação e talvez, uma questão de fundo para todo o sistema da cópia privada: de onde é possível concluir que a utilização de equipamentos para a reprodução para uso privado efetivamente cause prejuízo aos titulares de direitos das obras protegidas?

67. O vínculo entre a utilização privada e o dever de pagamento da compensação equitativa parece ser sempre feito com base em uma constatação geral, uma presunção de que os autores “perdem” direitos patrimoniais quando suas obras são reproduzidas em suportes de cópia para uso privado.
68. Ora, a aquisição de uma obra intelectual já não pressupõe a possibilidade da cópia privada? Especialmente no contexto digital, onde, como ainda exemplificaremos, grande parte das licenças já pressupõe a utilização da obra em mais de um suporte?
69. De todas as questões, a **insuficiência de maior enfrentamento do tema da dupla remuneração e de uma possível ausência de prejuízo** parece ser a de maior relevância para o problema que este estudo pretende identificar.
70. Apresentadas as controvérsias da abordagem comunitária sobre o tema, avançamos, no Capítulo 4, para a análise da lei portuguesa.
71. O sistema do CDADC para a cópia privada parte da concessão de um exclusivo de exploração económica ao autor, passa pela definição dos atos que constitui esse exclusivo e excepciona alguns atos que considera livres, onde está inserida a reprodução para uso privado.
72. O CDADC estabelece três requisitos para que a reprodução para uso privado seja admissível. Quando: i) realizar-se por qualquer tipo de meio, técnica fotográfica ou processo (salvo as partituras); ii) por pessoa singular; e iii) para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos. Temos aqui uma preocupação do legislador em delimitar os meios e forma, os sujeitos e a finalidade de tal utilização.
73. Para além dessas premissas, há o reconhecimento legal da necessidade de se estabelecer uma compensação equitativa pela cópia para uso privado. A condição é regulada desde 1998, com a Lei n.º 62/1998 de 1º de Setembro (“Compensação

pela Reprodução ou Gravação de Obras”), cuja última (e maior) alteração ocorreu com a Lei n.º 49/2015, de 05 de Junho.

74. Replicamos ao estudo da lei portuguesa o mesmo método de escolha de temas controversos que fizemos na abordagem do tema na UE: inicialmente a análise sobre o tema da licitude/ilicitude da obra copiada para a seguir abordar as vicissitudes do sistema de compensação equitativa.
75. O CDADC não faz qualquer referência à origem lícita ou ilícita do exemplar da obra copiada, o que suscitou discussões doutrinárias sobre a possibilidade de se considerar admissível a realização de cópias privadas de obras comunicadas ao público ilicitamente. A discussão ganhou relevância especialmente com o advento das tecnologias digitais e das plataformas de partilha de ficheiros *peer to peer*, que facilitaram o acesso a conteúdos em violação aos Direitos de Autor e conexos.
76. Em Portugal, grande parte da doutrina e o próprio Ministério Público externaram o entendimento sobre a viabilidade da cópia privada da obra divulgada ilicitamente: o uso privado estaria à margem do exclusivo de direito de autor e do direito conexo. Portanto, a ação de reprodução é lícita pois representa o exercício de liberdade do utilizador que, em regra, não tem como averiguar com grande precisão no contexto digital a licitude ou ilicitude da colocação da obra à disposição do público. Não seria portanto razoável colocar sobre o utilizador o dever de controlar a licitude da comunicação ao público das obras disponibilizadas em rede.
77. Vericamos no entanto, que a jurisprudência trouxe novos contornos a questão. O Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie* (C-435/12) do TJUE pacificou o entendimento de que a cópia para uso privado de uma obra adquirida ilicitamente não está abrangida pelo limite da cópia privada. E em que pese os Estados-Membros guardarem autonomia para instituírem seus sistemas para a cópia privada, advogar hoje pela viabilidade da cópia privada de obras adquiridas ilicitamente é contrariar uma reflexão já consolidada em perspectiva comunitária.

78. A jurisprudência em Portugal também contribuiu para o afastamento do vínculo entre cópia privada e aquisição ilícita. Os precedentes do Processo N.º 1386/06.9 JFLSB (*Btuga*) concluiu pela responsabilidade do provedor dos serviços, e não do utilizador pelos downloads não autorizados de obras protegidas. O consumidor de obras adquiridas ilicitamente não passará, portanto, a ser de fato responsabilizado por deixar de estar abrangido pelo limite da cópia privada.
79. O Processo n.º 153/14.0YHLSB (*Piratebay*) concluiu pela responsabilidade dos operadores de telecomunicações pela partilha de conteúdos ilícitos. Na sequência desse julgamento, um memorando de entendimento entre a APRITEL (Associação dos Operadores de Telecomunicações) e as entidades de gestão coletiva veio a consolidar um acordo para bloqueio de sites que disponibilizam obras em violação aos direitos de autor e conexos.
80. O que podemos concluir para o nosso estudo – que pretendeu a análise sob a perspectiva do utilizador da obra protegida – é que a disponibilização de redes *peer to peer* que permitam o acesso de terceiros a obras adquiridas ilicitamente encontra, em Portugal, precedentes que militam pela ausência de responsabilidade do utilizador. E isso, hoje, parece não mais depender do fato de comportamento do utilizador estar ou não abrangido pelo limite da cópia privada.
- 81. Acreditamos que em Portugal temos internalizado o entendimento do TJUE sobre a inadmissibilidade da utilização de obras adquiridas ilicitamente no âmbito da cópia privada.**
82. Daqui, seguimos para análise do tema da compensação equitativa.
83. A aprovação da Lei n.º 49/2015, de 05 de Junho que alterou o regime da compensação equitativa para a cópia privada, veio após intensa contestação e veto do Presidente da República, embasado em uma série de argumentos com controvérsias sobre o tema. O veto destacou a existência de inúmeras discrepâncias no âmbito da jurisprudência do TJUE (o que confirmamos no presente estudo).

84. No entanto, a lei foi aprovada e Portugal teve instituído um novo sistema para a compensação equitativa da cópia privada, que tem como maior alteração a inclusão de um rol de equipamentos de reprodução de obras digitais como elegíveis à compensação equitativa.
85. Pretendemos a análise das controvérsias existentes sobre praticamente os mesmos pontos que analisamos sob a perspectiva comunitária mas agora, debruçando-nos sobre o texto da Lei da Cópia Privada. Como ainda não temos em Portugal maior jurisprudência sobre o tema, nossa análise pautou-se pelo texto da nova lei, algumas recentes notas da doutrina e informações disponibilizadas pela AGE COP entidade responsável pela cobrança e distribuição da compensação equitativa para a cópia privada em Portugal.
86. Abordamos os seguintes temas: i) os equipamentos de reprodução, ii) os responsáveis pelo pagamento e a distribuição e os iii) os mecanismos de isenção. O tema do prejuízo ficou para análise final que fizemos neste Capítulo, pois importante às considerações finais sobre o tema.
87. Sobre os i) os equipamentos de reprodução verificamos que os aparelhos sujeitos ao pagamento da compensação equitativa estão descritos no Anexo à Lei da Cópia Privada, numa tentativa de enumerar os produtos que serão onerados com a cobrança. As anteriores versões da lei da Cópia Privada não contemplavam tal listagem exemplificativa.
88. O rol dos equipamentos relaciona fotocopiadoras, gravadores de áudio, vídeo, os próprios suportes virgens (ainda os cassetes, CD-R e DVD-R) e avança para as memórias e discos rígidos integrados em aparelhos eletrônicos, cuja compensação deverá ser calculada por cada *gigabyte* de memória e onde são estabelecidos limites máximos que variam entre 7,5 a 15,00 Euros.
- 89. A listagem constitui um dos temas de maior inovação da alteração legislativa em Portugal. E, no âmbito das discussões da proposta, foi um dos pontos de**

maior crítica, já que não levou em contra o fato de que hoje a utilização das obras intelectuais é feita por armazenamento remoto (a *cloud* é um exemplo) ou via *streaming*.

90. O argumento de que o *streaming* “não é cópia” não nos parece, no entanto, ser suficiente, pelo menos no âmbito da lei portuguesa, para afastar a incidência da compensação equitativa pela cópia privada. A Lei da Cópia Privada refere ser a compensação equitativa devida sobre os aparelhos e suportes que permitam a “*a fixação e reprodução de obras*”. Parece independer portanto a noção técnica que diferencia o *streaming* do *download*, sendo suficiente o potencial do equipamento fixar e reproduzir a obra intelectual adquirida licitamente.

91. O que devemos questionar, com a massificação da utilização desta tecnologia, é a determinação do valor da compensação equitativa baseado na capacidade de memória dos equipamentos. Se a memória passa a ser indiferente para a fixação e reprodução das obras intelectuais, não faz sentido onerar os equipamentos em taxas que variam progressivamente de acordo com esta capacidade, como faz o Anexo da Lei da Cópia Privada em Portugal.

92. Avançando sobre o tema da ii) responsabilidade pelo pagamento e distribuição, verificamos que ainda não existem maiores controvérsias sobre o tema da responsabilidade para além daqueles já pontuados na perspectiva da UE. Estão em Portugal, sujeitos ao pagamento, os fabricantes estabelecidos em território nacional e os importadores.

93. Sobre a distribuição, a Lei da Cópia Privada determina que o valor arrecadado pelo pagamento das contribuições é remetido à AGECOP, constituída pelas entidades de gestão coletiva que em Portugal que representam autores, artistas, intérpretes e executantes, produtores de fonogramas e videogramas, editores livresiros e editores de publicações periódicas.

94. Verificamos, duas modalidades de “compensação equitativa” e consequentemente, duas formas de arrecadação e distribuição no âmbito da Lei da Cópia Privada.

95. A arrecadação com a reprografia (correspondente a 3% do valor de venda ao público das fotocópias), é partilhada em 50% para os organismos representantes dos autores e 50% para os organismos dos editores.
96. A arrecadação sobre as compensações incidentes sobre os equipamentos de reprodução é calculada nos termos da tabela anexa à Lei da Cópia Privada e sua distribuição leva em conta, por um lado, os suportes para a reprodução de áudio e vídeo (40% para organismos representantes dos autores, 30% para dos artistas, intérpretes e executantes, 30% para representantes dos produtores de fonogramas e videogramas). Por outro, a reprodução de obras escritas: livros, publicações periódicas e não periódicas (50% para organismos representantes dos autores e 50% para dos editores).
97. Detetamos, nas duas modalidades de compensação equitativa previstas no âmbito da Lei da Cópia Privada, uma aparente confusão que se faz sobre a cópia reprográfica e a cópia privada.
98. A compensação equitativa devida pelas pessoas coletivas que exploram a reprografia tem uma lógica distinta, pensada sobre a venda de fotocópias. É certo que a atividade de fotocopiar uma obra intelectual só é possível se para uso privado. No entanto, **entendemos relevante destacar que se tratam de sistemas de compensação equitativa distintos: a cópia reprográfica sobre a cópia comercializada e a cópia privada sobre o equipamento que viabiliza a cópia em contexto particular.**
99. O segundo ponto de controvérsia, prende-se aos sujeitos eleitos para a partilha das receitas tanto da compensação equitativa sobre a cópia reprográfica quanto da sobre a cópia privada: a posição do editor, para o qual nos referimos às mesmas conclusões que fizemos ao analisar o Acórdão *HP v. Reprobél* (C-572/13).

100. No âmbito das iii) isenções, foi possível aferir que Portugal optou por um sistema de isenções que exige que a responsabilidade pelo pagamento da compensação equitativa seja afastada previamente a aquisição dos equipamentos. Não há um sistema de reembolso que viabilize a devolução do valor pago caso o procedimento previsto pela lei – que implica na emissão de uma “declaração de isenção”- não seja observado.
101. A Lei da Cópia Privada elegeu algumas situações de isenção. Entendemos pertinentes algumas reflexões sobre aquelas que implicam na isenção da compensação equitativa sobre os equipamentos que serão nitidamente destinados à atividade profissional, seja de criação intelectual (pois cobrar a compensação equitativa seria onerar os criadores intelectuais pela utilização dos equipamentos na própria atividade criativa) seja de atividades que não tenham qualquer relação com a reprodução de obras intelectuais para uso privado (onde os equipamento sirvam à mera gestão documental).
102. Verificamos, com os dados dos números dos pedidos de isenções levados á AGECOP desde a entrada em vigor da Lei da Cópia Privada, é que as situações de isenção baseadas nas atividades profissionais implicam em mais da metade dos pedidos.
103. Ressaltamos esses dados porque diferentemente dos demais, essas situações de isenção são as que necessariamente excluem a realização de cópias privadas. As outras admitem-na, mas tendo em vista a finalidade da utilização (fins sociais, filantrópicos) o legislador optou por isentá-las. **Entendemos as isenções para uso profissional são, portanto, isenções importantes para maior precisão do sistema de compensação equitativa.**
104. Por fim, arriscamos a reflexão de que as isenções parecem ser insuficientes para o consumidor final, pessoa singular. O mecanismo de isenção da lei portuguesa parece ter potencial para funcionar bem no âmbito das pessoas coletivas para suas atividades de gestão e dos profissionais autores. Mas não viabiliza que um consumidor que adquira um equipamento exclusivamente

para sua atividade profissional - que nada tenha a ver com a atividade de criação intelectual – possa requerer uma isenção. A isenção neste âmbito é feita apenas às pessoas coletivas.

105. **Talvez seja possível ponderar que um mecanismo de reembolso, com procedimentos mais simples ao consumidor empresário individual que pretenda utilizar o equipamento em um contexto profissional, fosse uma alternativa a se ponderar.**
106. Feitas as considerações sobre os aspetos controversos do sistema de compensação equitativa para cópia privada da lei portuguesa, avançamos para uma tentativa de diagnóstico do primeiro ano de aplicação da nova lei.
107. Verificamos, pela análise do relatório de contas da AGE COP do ano de 2015, que tem em conta apenas os cinco meses de aplicação da nova lei, um aumento significativo (448,14% em relação ao ano anterior) da arrecadação dos valores de compensação equitativa.
108. No entanto, ainda existem dúvidas sobre a forma de distribuição. Os valores ainda não foram distribuídos entre as associações representantes dos interesses dos autores e editores. A justificativa é de que são necessários estudos sobre a natureza das obras reproduzidas e os hábitos de cópia da população portuguesa a fim de se verificar qual a margem de utilização, por exemplo, das memórias integradas em computadores para cópias de obras escritas, já que estes equipamentos servem à reprodução de uma multiplicidade de gêneros de obras.
109. Deste cenário, fica uma possível percepção de que a gestão coletiva perseguida no âmbito da cópia privada parece ter tentado adequar-se a nova realidade de utilização de equipamentos, de modo a retomar sua força de arrecadação. Mas encontra também dificuldades na definição de um critério legítimo de distribuição.

110. Não foi nosso propósito avançar sobre o debate sobre as dificuldades próprias da gestão coletiva. O que pretendemos apontar é que toda a complexidade que permeia a compensação equitativa para a cópia privada encontra um segundo desafio, que é a chegada e efetiva remuneração dos titulares de direitos em tese prejudicados com a atividade de cópia privada.
111. Todas essas dificuldades talvez possam revelar que o sistema para a compensação equitativa da cópia privada sempre teve dificuldades de ajustes porque tem em contrapartida uma questão essencial: a privacidade do utilizador. É em nome dela que torna-se impossível aferir – porque não é desejável – se as obras intelectuais são reproduzidas, como são, quando são e quantas vezes o são.
112. Para além da privacidade o outro fator que parece colocar em desajuste o sistema é o advento da tecnologia digital. Suportes de memória – como os amplamente descritos pela lei portuguesa – são cada vez mais desnecessários e quantificar a compensação equitativa pela capacidade de memória dos equipamentos de reprodução, passa a fazer cada vez menos sentido com o passar do tempo.
113. A *cloud*, o *streaming* são novas realidades de utilização que anunciam uma possível transição do sistema de compensação equitativa para cópia privada em “**sistemas alternativos de compensação**”. Por intermédio desses sistemas, instituir-se-iam licenças compulsórias para utilização das obras intelectuais pelo modo, número e quantidade que o utilizador desejasse.
114. Entretanto, a forma como um sistema alternativo de compensação possa vir a ser instituído é ainda um desafio a se ponderar. Dentre as possibilidades de sistemas alternativos, argumenta-se a possibilidade de uma “taxa fixa” (“*flat-rate*”) constituída por uma permissão legal para que particulares, sem fins comerciais, copiassem e utilizassem em seu âmbito privado obras protegidas por direitos de autor e conexos.

115. Referimos que Portugal tem duas iniciativas de “taxa fixa”. A primeira, denominada “contribuição audiovisual”, instituída em 2003 e pensada na lógica do financiamento do serviço público de radiodifusão e de televisão, cobrada pela conta de luz e indiretamente refletida na remuneração dos direitos de autores e titulares de direitos conexos que teriam acordos com a RTP.
116. A segunda iniciativa - talvez mais próxima da ideia de um mecanismo de compensação alternativo ao sistema da cópia privada - foi anunciada pelo Projeto de lei n.º 228/XII do PCP, Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos, de 04 de Maio de 2012 - mas com graves falhas que a inviabilizaram. O projeto consistia na a fixação de uma quantia fixa (0,75 Euros) aos operadores de internet por cada contrato feito com consumidores, mas acabava por na prática tornar legítima as partilhas em violações aos Direitos de Autor.
117. Esses dois exemplos, acrescidos na análise que fizemos dos debates legislativos sobre a cópia privada em Portugal e das medidas de cooperação entre as entidades de gestão coletiva, permitem-nos concluir que as questões contemporâneas de proteção aos Direitos de Autor e conexos estão efetivamente em pauta em Portugal. E isso é benéfico para todos os sujeitos envolvidos no contexto: autores, artistas, consumidores e indústria cultural.
118. Por fim, arriscamos ponderar que seguimento do debate sobre as alternativas de compensação a um sistema para a cópia privada, também deverá levar em conta sua efetiva necessidade. **O tema da dupla remuneração parece ser ainda enfrentado com pouca profundidade, talvez ante o receio deste debate vir a enfraquecer a própria necessidade da compensação equitativa, mesmo que alternativa.**
119. De tudo, fica a constatação de que o caminho que percorremos neste estudo foi permeado por uma intensa problemática. Arriscamos ponderar que o sistema para a cópia privada, tal como hoje o conhecemos, está em transição. Talvez porque esteja alicerçado em demasiadas presunções: a presunção da utilização

privada para a reprodução de obras intelectuais, a presunção do prejuízo aos autores. Presunções cada vez mais insuficientes de aferir ante o advento da tecnologia digital.

120. O que nos parece é que a transição avançará para o fim de sistemas de compensação equitativa para a cópia privada. Eles passarão. E esperamos, como dita a poesia do início deste trabalho, que passem bem: passem bem em conformidade, em adequação, em busca por maior precisão.
121. O futuro talvez reserve espaço a sistemas alternativos de compensação ou quiçá, a ausência deles. Os contornos desse novo paradigma demandam ainda novos estudos. Novas perspectivas que se anunciam.

- ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA -

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

PORTUGAL. 2º Juízo Criminal da Comarca de Lisboa . Processo N.º 1386/06.9 JFLSB. *Ministério Público v. Luis Carlos de Abreu Magalhães Ferreira*. Data de Publicação: 04 fev. 2014.

PORTUGAL. 2ª Secção do Tribunal da Propriedade Intelectual de Lisboa. Processo n.º 153/14.0YHLSB. *Audiogest (Entidade de Gestão Coletiva de Direitos dos Produtores Fonográficos) e GEDIPE (Associação para Gestão de Direitos de Autor, Produtores e Editores) v. NOS, MEO, Vodafone e Cabovisão*. Data de Publicação: 24 fev. 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 616/2003, do Processo n.º 340/99*. Relator Paulo Mota Pinto. Data de Publicação: 13 de Março de 2004. Disponível em: < <http://publicos.pt/documento/id532271/acordao-616/2003> >. Acesso em: 03 out. 2016.

THE NETHERLANDS. *FTD v. Eyeworks*, Gerechtshof's-Gravenhage (2010). Disponível em: < <http://ipkitten.blogspot.pt/p/ftd-v-eyeworks.html> >. Acesso em 04 jun. 2016.

THE NETHERLANDS. *Buma/Stemra v. Kazaa* . Amsterdam Court of Appeal (2002) Disponível em. < https://w2.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html >. Acesso em: 4 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão Microsoft Mobile Sales International Oy et al v. Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) et al (C-110/2015)*. Data de Publicação: 22.09.2016. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171384&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10416> >. Acesso em: 29 set. 2016.

UNIÃO EUROPEIA.. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Egeda v. Administração do Estado* (C-470/14). Data de Publicação: 09.06.2016. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0470&from=PT> >. Acesso em: 20 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Austro-Mechana v. Amazon* (C-572/14). Data de Publicação: 21.04.2016. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d537e4e809c9e644f28064c9347687c486.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=176804&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1048414> >. Acesso em: 7 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL* (C-572/13). Data de Publicação: 12.11.2015. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171384&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10416> >. Acesso em: 9 mai. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Copydan Båndkopi v. Nokia Danmark A/S* (C-463/12). Data de Publicação: 05.03.2015. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162691&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10113> >. Acesso em 9 Jun 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *ACI Adam et al v. Stichting de ThuisKopie* (C-435/12). Data da publicação: 10.04.2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150786&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=903430>. Acesso em 5 jun 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Austromechana v. Amazon* (C-521/11). Data de Publicação: 11.07.2013. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d55ace5ec4c97740808914f169d6dd8e4a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=139407&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=693739> >. Acesso em: 7 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *VG Wort et al v. Kyocera Mita et al.* (C-457/11 e C- 460/11). Data de Publicação: 27.06.2013. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138854&doclang=PT> >. Acesso em: 03 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Stiching de Thuiskopie v. Opus Supplies Deutschland* (C-462/09). Data de Publicação : 16.06.2011. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85089&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=90574> >. Acesso em: 8 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão *Padawan v. Sgae* (C-467/08). Data de Publicação: 21.10.2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d515bd55b63a884d7ba50297a5a02de617.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=83635&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=52636> >. Acesso em: 5 jun. 2016.

UNITED KINGDOM. *Copyright Infringement by Ordinary Use of Internet. Public Relations Consultants Associations Ltd v. The Newspaper Licensing Agency Ltd et. Al.* – Supreme Court – decision of 17 April 2013. In *Computer Law Review*. Issue 1/2014. p. 11-14.

UNITED STATES OF AMERICA. *Fox Broad. Co. v. Dish Network, LLC*, No. 2:12-cv-04529-DMG-SH (C.D. Cal. Jan. 12, 2015). Disponível em: < <http://www.Copyright.gov/fair-use/summaries/fox-dish-cdcal2015.pdf> >. Acesso em: 19 abr. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. *AM Records, Inc. (and others) vs. Napster, Inc.* 239 F.3d 1004 (2001). Disponível em: < <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html> >. Acesso em: 10 jun. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/> >. Acesso em: 15 abr. 2016.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States — Section 110(5) of US Copyright Act*. Panel Report: 15 jun. 2000. Disponível em: < https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=55222&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=> >. Acesso em: 15 mar. 2016.

- BIBLIOGRAFIA -

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira. CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2016.

AKESTER, Patricia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013.

ARISTEGUI, David García. *¿Por qué Marx no Habló de Copyright? La Propiedad Intelectual y sus Revoluciones*. Madrid: Enclave de libros, 2014.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. “Propriedade Intelectual e Internet”. In: *II Ciberética*, Florianópolis, 2003. Disponível em: < <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf> >. Acesso em: 7 jun. 2016.

ASCENSÃO, “A Lei n.º 49/2015, de 5 de Junho, em matéria de cópia privada e compensação equitativa e a não consideração do ‘veto’ do Presidente da República”. In: *Revista de Direito Intelectual*, Lisboa, n. 1, 2015.

ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ASCENSÃO, “A Proposta de Introdução na Lei dos Direitos Autorais de uma Compensação por Reprografia”. In: *Revista da ABPI*, n.º 109, p. 58-61, 2010.

ASCENSÃO, “O ‘Fair Use’ no Direito Autoral”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 4, p. 89-106, 2003a.

ASCENSÃO, “Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital: As Transmissões Digitais”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 4, p. 69-88, 2003b.

ASSOCIAÇÃO PARA GESTÃO DA CÓPIA PRIVADA (AGECOP). *Relatório de Gestão de 2015*. Lisboa: AGE COP, 2016. Disponível em: < <http://www.agecop.pt/pdf/relatoriocontas2015.pdf> >. Acesso em: 1 abr. 2016.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR (DECO). *PARC-000269-2014*: Projeto de Proposta de Lei que procede à segunda alteração à Lei n. 62/98, de 1º de Setembro, que regula o disposto no Art.82.º do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos. 2014. Disponível em: < <http://www.parco.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38643> >. Acesso em: 15 Out 2015 >. Acesso em: 05 out. 2016.

BERCOVITZ, Rodrigo; CANO, Rodríguez. “La excepción de copia privada en España después de la Ley 21/2014 de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual (Boletín Oficial de 5 de noviembre de 2014)”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2016.

BERRY, Kathy. “UK – New Private Copying, quotation and parody Copyright exceptions”. In: *Technology, Media & Telecommunications News*, n.º 68, p. 35-36, 2014. Disponível em: < <http://www.linklaters.com/Insights/Publication1403Newsletter/TMT-News-8-December-2014/Pages/UK%E2%80%93New-private-copying-quotation-parody-Copyright-exceptions.aspx#sthash.AcqPCiRk.dpuf> >. Acesso em: 04 fev. 2016.

BLUM, Jeremy; IBBETSON, Jean. “Update on the UK Private Copying Exception”. In: *KLUWER Copyright Blog*, 2015. Disponível em: < <http://kluwerCopyrightblog.com/2015/07/30/update-on-the-uk-private-copying-exception/> >. Acesso em: 04 fev. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Cláudia Lima. “O Spotify já é a segunda maior fonte de receita de música digital para as editoras na Europa”. In: *Jornal Público*, 19 out. 2015. Disponível em: < <https://www.publico.pt/culturaipilon/noticia/o-spotify-ja-e-a-segunda-maior-fonte-de-receita-de-musica-digital-para-as-editoras-na-europa-1711158> >. Acesso em: 19 out. 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAÇADOR, Ana Rita Martins. *O uso da obra protegida sem consentimento do autor: uma perspectiva centrada no confronto entre as utilizações livres e os sistemas de fair use*. Tese de Mestrado n.º 142709004. Universidade Católica Portuguesa: Lisboa, Maio, 2011.

CONFEDERAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL (CIP). *Projeto de Proposta de Lei que procede à segunda alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*: Nota Crítica da CIP. 2014. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38643> >. Acesso em: 15 out. 2015.

COPIE FRANCE. *La copie privée, c'est quoi?* Disponível em: < <http://www.copiefrance.fr/fr/la-copie-privee> >. Acesso em 10. Fev 2016.

CORDEIRO, Pedro. “Limitation and Exceptions under the ‘Three-step-Test’ and in National Legislation: Differences between the Analog and Digital Enviroments”. In: *National Seminar on the WIPO: Internet Treaties and the Digital Technology*, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/Copyright/en/wipo_cr_rio_01/wipo_cr_rio_01_3.doc >. Acesso em: 10 fev. 2016.

CORDEIRO, Pedro. “Partilha de Ficheiros e Suspensão do Acesso à Rede”. In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 181-216, 2012.

CORNU, Marie. MALLET-POUJOL, Nathalie. « Le Droit à l’épreuve du droit à la culture ». In : BRUGUIÈRE, Jean-Michel (Org.). *Droit D’Auteur et Culture*. Paris: Dalloz, 2007.

CORREIA, A. Ferrer; SÁ, Almeno de. “Direito de Autor e Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 70, 1994.

DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. v. 3. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DOBUSH, Leonhard. *Extending Private Copying Levies: Approaching a Cultural Flat-rate?* 30 Jan 2010 In: <https://governancexborders.com/2010/01/30/extending-private-copying-levies-approaching-a-culture-flat-rate/> Acesso em 15 jul. 2016.

DRUMMOND, Victor Gameiro. “Os privilégios monopolistas como elementos comuns para os sistemas de Copyright e de Droit d’auteur e o déficit filosófico do direito de autor”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 Anos de Vida Universitária*. Coimbra: Almedina, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market* (COM(2016) 593 final). 2016a. p. 24-25. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN> >. Acesso em: 16 set. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. *Synopsis reports and contributions of the results of the public consultation on the role of publishers in the Copyright value chain and on the 'panorama exception'*. 2016b. Disponível em: < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-reports-and-contributions-results-public-consultation-role-publishers-Copyright-value> >. Acesso em: 16 set. 2016.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY. *Opinion of The Reference to the CJEU in case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL*. 2015. Disponível em: < <https://drive.google.com/file/d/0B6d07lh0nNGNUHhrTUZoSm9uOWs/view> >. Acesso em: 9 jul. 2016.

FERREIRA, José Luis. *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models*. Madrid: ENTER IE Business School, 2010. p. 48. Disponível em: http://www.digitaleurope.org/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?Command=Core_Download&EntryId=852&PortalId=0&TabId=353 >. Acesso em: 21 jul. 2016.

FRANCE. Conseil d'Etat. Section du contentieux, 10 ème et 9 ème sous-sections réunies. Séance du 26 mai 2008 Lecture du 11 juillet 2008, N°298779, Syndicat de Industrie de Materiels Audiovisuels Electroniques. Disponível em: < <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Le-Conseil-d-Etat-annule-la-possibilite-de-remunerer-les-copies-illicites-au-titre-de-la-copie-privee> >. Acesso em: 11 fev. 2016.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais na Era Digital*. 4.^a ed. São Paulo: Record, 2001. p. 21-26.

GEIGER, Christophe Geiger. "The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can Influence The Shape and Use of IP Law". In: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 153-176.

GEIGER, Christophe Geiger. GRIFFIYHS, Jonathan; HILTY, M. Reto. “Declaração sobre o ‘Teste dos Três Passos’ do Direito de Autor”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 8, p. 471-480, 2009.

GEIGER, Christophe Geiger. “The role of the three-step test in the adaptation of Copyright law to the information society”. In: *e-Copyright Bulletin*, jan.-mar. 2007. < http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf >. Acesso em 23 mar. 2016.

GINSBURG, Jane C. *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*. New York: Columbia University School of Law, 2001. Disponível em: < http://www.law.columbia.edu/center_program/law_economics/wp_listing_1/wp_listing?exclusive=filemgr.download&file_id=64212&rtcontentdisposition=filename%3DWP207.pdf >. Acesso em: 17 mar. 2016.

GONÇALVES, Nuno. “Notas sobre limitações e exceções no direito de autor”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 Anos de Vida Universitária*. Coimbra: Almedina, 2016.

GUTIERREZ, Karen Elorza. Uruguay: “El Conflicto entre Los Derechos de Autor y La Copia Privada”. In: *Mondaq*, 2016. Disponível em: < <http://www.mondaq.com/Uruguay/x/489908/Copyright/El+Conflicto+Entre+Los+Derechos+De+Autor+Y+La+Copia+Privada> >. Acesso em: 15 jun. 2016.

HUGHES, Justin. “Locke’s 1694 Memorandum (and More Incomplete Copyright Historiographies)”. In: *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, v. 27, n. 3, p. 555-572, 2010.

KARAPAPA, Stavroula. *Private Copying*. Routledge: Nova York, 2012. p. 19.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. “Dispositivos Tecnológicos de Protecção e Direito de Acesso do Público”. In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 137-149, 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code and other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÓPES, Eugenio Gil. “Quien hará una cópia privada? La nueva regulacion de la copia privada y el canon digital”. In: UNIR Derecho, 22 Enero 2015. Disponível em: < <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/quien-hara-una-copia-privada-la-nueva-regulacion-de-la-copia-privada-y-el-canon-digital/549201453365/> >. Acesso em 25 Janeiro 2016.

MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014.

MILTON, John. *Areopagítica: Discurso sobre a liberdade de expressão*. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRANDA, Jorge. “A Constituição e os direitos de autor”. In: *Direito e Justiça*, v. 8, t. 1, 1994. p. 48-56.

NETANEL, Neil W. “Making Sense of Fair Use”. In: *Lewis & Clark Law Review*, v. 15, 2011. p. 734 e ss.

NIEMANN, Fabian. “Copyright Levies in Europe”. *Bird&Bird Newsletters*. 18 Mar 2008. Disponível em: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2008/copyright-levies-in-europe> Acesso em 15 jun. 2016.

NIMMER, David. “‘Fairest of them all’ and other fairy tales of fair use”. In: *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 66, p. 264-287, 2003. Disponível em: < <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1281&context=lcp> >. Acesso em: 15 abr. 2016.

OLSON, Christina. “A Practical Guide to the Fair Use Doctrine in American Copyright Law”. In: *Signal/Noise 2k5: Creative Revolution?* Cambridge: Harvard, 2005. Disponível em: < http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFINAL.pdf >. Acesso em: 17 jan. 2016.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sergio. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PARSONS, June Jamerich; OJA, Dan. *New perspectives on Computer Concepts 2010: Introductory*. [S.I.]: Dengang Learning, 2009.

PATTERSON, L. Ray. “Folsom V. Marsh and its Legacy”. In: *Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, p. 431-452, 1998.

PEREIRA, Alexandre Dias. “A Reprodução para Uso Privado no Ambiente Analógico e no Ambiente Digital”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 7, p. 329-361, 2008a.

PEREIRA, Alexandre Dias. “*Direito de Autor e Liberdade de Informação*”. Coimbra: Almedina, 2008b.

PEREIRA, Alexandre Dias. “Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)”. In: *Estudos em Honra do Professor José de Oliveira Ascensão*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008c. p. 853-869.

PEREIRA, Alexandre Dias. “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013.

QUINTAIS, João Pedro. “Private Copying and Downloading from Unlawful Sources”. In: *IIC: International Review of Industrial Property and Copyright Law*, v. 46, n. 1. 2015a. p. 20. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/276304238_Private_Copying_and_Downloading_from_Unlawful_Sources >. Acesso em 20 Jun, 2016.

QUINTAIS, João Pedro. “Everything you always wanted to know about private copying but were afraid to ask (Case C-463/12 Copydan Båndkopi v Nokia Danmark A/S)”. In: *KLUWER Copyright Blog*, 2015b. Disponível em: < <http://kluwerCopyrightblog.com/2015/03/16/everything-you-always-wanted-to-know-about-private-copying-but-were-afraid-to-ask-case-c-46312-copydan-bandkopi-v-nokia-danmark-as/> >. Acesso em: 16 jun. 2016.

QUINTAIS, João Pedro. “Alternative compensation models for large-scale non-commercial online uses”. In: *ALAI International Congress – 50 Years of the German Copyright Act: Remuneration for the Use of Works – Exclusivity vs. Other Approaches*, Bonn, 2015c. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2625492 >. Acesso em 1 out. 2016.

RAMALHO, David Silva. “A Tutela Penal dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 72, v. 1, 2012.

REBELLO, Luís Francisco. *Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. Lisboa: Âncora Editora, 2002.

REES, Marc. "La Commission Copie Privée, le retour". In: *Next Impact*. 2015. Disponível em: < <http://www.nextinpact.com/news/96793-la-commission-copie-privee-retour.htm> >. Acesso em: 10 fev. 2016.

RENDAS, Tito. “Fair Use na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)”. In: *Propriedades Intelectuais*, N.º 3. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

RENDAS, Tito. CARRETAS, Miguel Lourenço. “Novas Leis de Direito de Autor : A alteração à lei da cópia privada: uma (má) ideia cujo tempo não chegou”. In: *Propriedades Intelectuais*, N.º 4. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

RESINA, Fernando et al. *Cloud – A lei e a prática: guia e perguntas frequentes*. Coimbra: Almedina, 2016.

ROCHA, Manuel Lopes. “Hubo Lex”. In: *Direito de autor: Que futuro na era digital?* Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2016.

ROCHA, Margarida Almeida. “Remuneração por cópia privada – Sentido e alcance”. In: *Temas de Propriedade Intelectual*, Lisboa, n. 8-10, 2002.

ROSA, Victor Castro. “A Autonomia da Vontade nos Contratos de Direito de Autor”. In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 217-283, 2012.

SAAVEDRA, Rui. *A proteção jurídica do software e a Internet*. Lisboa: Dom Quixote, 1998.

SANTINI, Rose Marie. *Admirável Chip Novo*. Rio de Janeiro: E-papers, 2003.

SANTOS, António Paulo. *Comentários da GEDIPE ao Projecto de Lei nº 228/XII, do PCP, Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos*. 12 de Setembro de 2013. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36968>. Acesso em 5 out.2016.

SANTOS, António Paulo; ROSA, Victor Castro. “Comentário sobre o regime da exceção de cópia privada em Portugal e na Europa”. In: *Propriedades Intelectuais*, N.º 5. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

SAVVIDES, Theo. “UK Private Copying Exception ruled illegal”. In: *KLUWER Copyright Blog*, 2015. Disponível em: < <http://kluwerCopyrightblog.com/2015/06/25/uk-private-copying-exception-ruled-illegal/> >. Acesso em: 04 fev. 2015.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1976.

SIECKMANN, Jan-Reinhard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

SMIRKE, Richard. *1000 Artists including Coldplay, Lady Gaga, Ed Sheeran Write Letter to European Leaders Over Youtube*. Billboard, 30 Jun 2016. In <http://www.billboard.com/articles/business/7423884/1000-artists-letter-european-commission-value-gap-safe-harbor>. Acesso em 10 jul 2016.

STRANGELOVE, Michael. *The Empire of Mind: Digital Piracy and the Anti-Capitalist Movement*. Toronto: University of Toronto Press, 2005.

TEILMANN-LOCK, Stina. *The Object of Copyright: A Conceptual History of Originals and Copies in Literature, Art and Design*. New York: Routledge, 2016.

TIAGO, Miguel. OLIVEIRA, João. FILIPE, António. SOARES, Bernardino. RAMOS, João. LOURENÇO, José. DE SOUSA, Jerónimo. NOVO, Honorário. RATO, Rita. LOPES, Francisco. SANTOS, Paula. SÁ, Paulo. Projeto de lei n.º 228/XII do PCP – Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos, de 04 de Maio de 2012 <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36968>. Acesso em 15 ago. 2016.

TRABUCO, Claudia. *O direito de reprodução de obras literárias e artística no ambiente digital*. Coimbra, 2006.

UBERTAZZI, Luigi Carlo. *Commentario Breve ale Leggi Su Proprietà Intelletuale e Concorrenza*. Padova: CEDAM, 2016.

ULMER, Eugen. *Urheber: und Verlagsrecht*. Berlin: Springer, 1980.

VICENTE, Dário Moura. “Cópia Privada e Compensação Equitativa: Reflexões sobre o Acórdão Padawan do Tribunal de Justiça da União Europeia”. In: *Direito da sociedade da informação e Direito de autor*, Coimbra, v. 10, p. 21-32, 2012.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Vol. I. 3ªEd. Coimbra: Almedina, 2015.

VICENTE, Laura Nunes. *O princípio da proporcionalidade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014. p. 15. Disponível em: http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf . Acesso em 13 jun. 2016.

VIEIRA, José Alberto Coelho. “Gestão Coletiva: Reflexões Dispersas de Política Legislativa”. In: *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2015.

VIEIRA, José Alberto Coelho. “A posição do editor na cópia privada”. In: *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, n. 1, p. 151-159, 2014.

VIEIRA, José Alberto Coelho. “Download de obra protegida pelo direito de autor e uso privado”. In: *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, v. 8, p. 421-470, 2009.

VITORINO, Antonio. *Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies*. 2013. Disponível em: < http://ec.europa.eu/internal_market/Copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf >. Acesso em 6 jun. 2016.

WACHOWICZ, Marcos; COUTINHO, Guilherme; PESSERI, Alexandre. “Estudos para revisão da Lei de Direito Autoral”. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 13-104.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *International Survey on Private Copying: Law & Practice 2015*. Geneva: De ThuisKopie, 2016. p. 84-85. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1037_2016.pdf >. Acesso em 03 mai. 2016.

WÜRTENBERGER, Gert; GRAU-KUNTZ, Karin. “Notas sobre os sistemas de direito de autor brasileiro e alemão, tendo em consideração a perspectiva de reforma das legislações vigentes e a procura do equilíbrio de interesses”. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Editora Funjab, 2011. p. 233-261.

ZENTRALSTELLE FÜR PRIVATE ÜBERSPIELUNGSRECHTE (ZPU).
“Verwertungsgesellschaften und Verbände erzielen Einigung über Vergütungen für Tablets und Mobiltelefone”. In: *Aktuelles*, dez. 2015. Disponível em: <
<https://www.zpue.de/aktuelles.html> >. Acesso em 16 jan. 2016.

ANEXO

Número de pedidos de Isenções - AGECOP - Julho 2015 à Outubro de 2016

Fundamento – Lei da Cópia Privada	Número de Pedidos
Art. 4.º n.º 1 alínea a) - atividade que tenha por objeto a comunicação audiovisual ou a produção de fonogramas e de videogramas, exclusivamente para as suas próprias produções	1
Art. 4.º n.º 1 alínea b) - atividade tenha por objeto apoio às pessoas com deficiência	0
Art. 4.º n.º 1 alínea c) - atividade tenha por objeto a salvaguarda do património cultural móvel	1
Art. 4.º n.º 1 alínea d) - quando os suportes sejam utilizados para uso exclusivo da atividade profissional do autor	17
Art. 4.º n.º 1 alínea e) - quando os aparelhos, dispositivos ou suportes sejam destinados exclusivamente para fins clínicos, missões públicas de defesa, justiça, áreas de segurança interna e investigação científica, bem como daqueles utilizados para garantia de acessibilidade para pessoas com deficiência	19
Art. 4 n.º 4- objetivo de isentar do dever de pagamento da compensação equitativa, os computadores destinados à atividade empresarial corrente de pessoas coletivas	11

(*) Informação facultada pela Sra. Elisabete Alves, do Departamento de Contabilidade da AGECOP, enviada para o correio eletrónico da autora em 13.10.2016.